

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

E.A.P. DE DERECHO

La Responsabilidad civil de los directores de las sociedades anónimas en el Perú:

a la luz de los nuevos desafíos

TESIS

para optar el título de Abogado

AUTORA:

Azucena Judith Jugo Oblitas

ASESORA:

Jesús María Elena Guerra Cerrón

Lima, Perú

2011

A mis padres: Nelson y Esther por sus
valiosas enseñanzas; y a mis ángeles:
Iván y Xisco.

AGRADECIMIENTOS

Un Agradecimiento especial es para la Dra. Jesús María Elena Guerra Cerrón, mi asesora de tesis, por sus acertadas opiniones y consejos en mi investigación; a mis hermanos: Julissa y Jesús, por su apoyo constante; a mis sobrinos: Jhordie y Javier, por su alegría; y a mi tesis andante: José Luis, por su insistencia.

INDICE GENERAL

Dedicatoria.....	ii
Agradecimientos.....	iii
Índice General.....	iv
Introducción.....	1

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS EN EL PERU: A LA LUZ DE LOS NUEVOS DESAFÍOS.

CAPITULO PRIMERO DISEÑO METODOLÓGICO

1. Planteamiento del Problema.....	5
1.1. Situación Problemática.....	5
1.2. Formulación del Problema.....	7
1.2.1. Problema Principal.....	7
1.2.2. Problemas Secundarios.....	7
1.3. Objetivos.....	8
1.4. Justificación de la investigación.....	8
2. Marco Teórico.....	8
3. Formulación de Hipótesis.....	9
3.1. Hipótesis General.....	9
3.2. Hipótesis Específicas.....	10
4. Metodología.....	10
4.1. Tipo de Investigación.....	10
4.2. Técnica de recopilación de datos.....	11

CAPÍTULO SEGUNDO

LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

1. Evolución y concepto de las sociedades anónimas.....	12
2. Órganos de las sociedades anónimas.....	16
2.1. Concepto de los órganos de las sociedades anónimas.....	16
3. Órgano Supremo: Junta General de Accionistas.....	16
3.1. Naturaleza jurídica.....	18
3.2. Concepto.....	19
3.3. Competencia y atribuciones.....	21
3.4. Convocatoria y quórum.....	23
4. La Administración de la Sociedad Anónima.....	25
4.1. Naturaleza jurídica.....	26
4.1.1. De la teoría del mandato a la teoría del órgano.....	26
4.2. Estructura y facultades del órgano de administración.....	31
4.3. Directorio en nuestro ordenamiento jurídico.....	33
4.4. Gerencia en nuestro ordenamiento jurídico.....	34
4.4.1. Facultades del gerente general.....	34
4.4.2. Representación procesal.....	35

CAPITULO TERCERO

EL DIRECTORIO COMO ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1. Naturaleza jurídica del directorio.....	39
2. Elección de los miembros de directorio.....	41
3.1. Principio de libre revocabilidad.....	41
3.2. Representación proporcional.....	43
3.3. La cláusula de cooptación.....	43
3.4. Vacancias múltiples y la administración provisional.....	44
3. Características del cargo.....	45
3.1. carácter <i>intuitu personae</i>	45

3.2.	No se requiere ser accionista.....	46
3.3.	Diligencia de un ordenado comerciante.....	46
4.	Ejercicio del cargo.....	47
5.	Impedimentos para el ejercicio del cargo.....	48
6.	Presidente del directorio.....	50
7.	Retribución Económica por el cargo de director.....	51
8.	Reunión de los directores.....	52
9.	Facultades del directorio.....	54
10.	Competencia de los directores.....	56
11.	Delegación de la funciones de los directores.....	58
12.	Responsabilidad solidaria de los gerentes.....	60

CAPÍTULO CUARTO

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN OTROS PAÍSES

1.1.	Régimen de responsabilidad civil de los administradores en España	
1.1.1.	Aspectos preliminares.....	63
1.1.2.	Las acciones resarcitorias en España.....	65
1.1.2.1.	Acción social.....	65
1.1.2.2.	Acción individual.....	67
1.2.	Régimen de responsabilidad civil de los administradores en Francia	
1.2.1.	Aspectos preliminares.....	69
1.2.2.	Acciones Resarcitorias.....	73
1.2.2.1.	Acción social.....	73
1.2.2.2.	Acción individual.....	74
1.3.	Régimen de responsabilidad civil de los administradores en Italia	
1.3.1.	Aspectos preliminares.....	75
1.3.2.	Acciones resarcitorias.....	78
1.3.2.1.	Acción social.....	78
1.3.2.2.	Acción individual.....	80

1.4. Régimen de responsabilidad civil de los directores en el <i>Common Law</i>	82
---	----

CAPITULO QUINTO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS EN EL PERÚ

1. Naturaleza Jurídica.....	88
2. Responsabilidad contractual o extracontractual.....	90
2.1. Ante la sociedad.....	91
2.2. Ante acreedores sociales, ante los socios o ante terceros.....	93
3. Presupuestos de la responsabilidad.....	95
3.1. Hecho ilícito.....	95
3.2. Daño.....	96
3.3. Nexos Causales.....	97
3.4. Criterios de Imputabilidad.....	98
4. Deberes de los directores de las sociedades anónimas.....	100
4.1. Deberes Generales.....	100
4.1.1. Deber de diligencia.....	100
4.1.2. Deber de lealtad.....	101
4.2. Deberes Específicos.....	104
4.2.1. Supuesto del artículo 7° de la LGS, sobre actos anteriores a la inscripción de la sociedad.....	105
4.2.2. Supuesto del artículo 12° de la LGS sobre responsabilidad por los actos ultra vires.....	105
4.2.3. Supuesto del artículo 18° de la LGS sobre responsabilidad por la no inscripción de la sociedad.....	107
4.2.4. Supuesto del artículo 24° de la LGS sobre los gastos necesarios para la constitución de la sociedad.....	107
4.2.5. Supuesto del artículo 40° de la LGS sobre la responsabilidad de los administradores en los casos de repartos indebido de utilidades.....	108

4.2.6. Supuesto del artículo 76° de la LGS sobre revisión de aportes no dinerarios.....	109
4.2.7. Supuesto del artículo 117° de la LGS sobre no convocatoria a junta general a solicitud de los accionistas.....	111
4.2.8. Supuesto del artículo 175° de la LGS sobre información fidedigna.....	111
4.2.9. Supuesto del artículo 179° de la LGS sobre contratos, créditos, préstamos o garantía.....	112
4.2.10. Supuesto del artículo 180 ° de la LGS sobre conflicto de intereses.....	113
4.2.11. Supuesto del artículo 218° de la LGS sobre devolución de aportes antes del plazo.....	115
4.2.12. Supuesto del artículo 225° de la LGS relacionado con la aprobación de la memoria y los estados financieros de la sociedad.....	115
4.2.13. Supuesto del artículo 348° y 373° de la LGS sobre la fusión y la escisión de las sociedades.....	116
5. Supuestos de Responsabilidad en la Legislación Societaria Peruana.....	117
5.1. Acuerdos o Actos Contrarios a la Ley o al Estatuto.....	117
5.2. Dolo y Abuso de Facultades.....	119
5.3. Negligencia Grave.....	119
5.4. Incumplimiento de los Acuerdos de la Junta General de Accionistas.....	120
6. Acciones Resarcitorias.....	121
6.1. Acción Social.....	121
6.2. Acción Individual.....	123
6.3. Diferencia entre ambas las acciones resarcitorias.....	126
7. Causas de exoneración de responsabilidad civil.....	127
8. Computo de plazo de caducidad.....	128
9. Responsabilidad Penal de los directores.....	131

CAPÍTULO SEXTO
LIMITADO SISTEMA DE REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
DE LOS DIRECTORES

1. Régimen de responsabilidad civil de los directores: Situación Actual.....	135
2. Análisis y propuestas.....	139
2.1. La responsabilidad civil como límite para la conducta de los directores de una sociedad anónima.....	139
2.2. Necesidad de regular la culpa leve en el Perú para los directores de una sociedad anónima.....	143
2.3. La viabilidad de aplicar la culpa profesional a la responsabilidad civil de los directores.....	145
2.4. Viabilidad de limitar o excluir estatutariamente la responsabilidad civil de los directores.....	148
2.5. La caducidad de la acción de responsabilidad civil de los directores de una sociedad anónima.....	151
2.6. El contrato de seguro de responsabilidad civil de los directores	152
Conclusiones.....	158
Propuestas	163
Referencias Bibliográficas.....	164
Anexos.....	173

INTRODUCCIÓN

Dentro de la variada gama de problemas relacionados al directorio de las sociedades anónimas, este trabajo pretende analizar la responsabilidad civil de los directores, ya que desde la aparición de la primera sociedad anónima se ha necesitado hacer un balance entre la libertad para conducir el negocio y el alcance del abuso del poder directoral en la gestión y administración de las sociedades anónimas.

Despertó nuestro interés este tema, porque la vida empresarial ha cobrado mucha relevancia en nuestro medio; y la dirección de las empresas es cada vez más técnica, por ello se deja -generalmente- la conducción de las mismas en manos de grandes profesionales (llamados administradores o directores), ellos al tener mayor incidencia en la vida de las empresas a su cargo, deben de tener un sólido régimen de responsabilidad civil que limite su actuación, además un régimen sólido protegerá de mejor forma a los socios, a la sociedad y a terceros. Es así que tratamos de sustentar que el poder alcanzado por los directores, trae como consecuencia priorizar la seguridad jurídica frente a la actividad comercial que desarrollan las sociedades anónimas.

Desarrollamos nuestra investigación en seis (6) capítulos, en el capítulo primero, establecemos el planteamiento del problema, nuestros objetivos, hipótesis principal y secundaria, la metodología aplicada, así como el respectivo análisis documental.

En el capítulo segundo, señalamos la evolución de las sociedades anónimas a través del tiempo, los órganos que componen una sociedad anónima en nuestro ordenamiento jurídico, explicando la naturaleza jurídica, facultades, concepto de la junta general de accionistas, así como la naturaleza jurídica, atribuciones y estructura del órgano de administración (Directorio y Gerencia).

Posteriormente, en el capítulo tercero abarcamos la regulación aplicable a los directores de las sociedades anónimas en nuestra Ley General de Sociedades, desarrollando su naturaleza, sus características y funciones, señalando para ello que los directores de una sociedad anónima deben de seguir determinados patrones de conducta, patrones que deben de ceñirse a la Ley, el estatuto y a las costumbres comerciales. En el ejercicio de los deberes establecidos por ley o por los estatutos para los administradores debe utilizar la diligencia requerida por la naturaleza del cargo.

Ahora bien, antes de entrar en el tema que nos atañe en el presente trabajo, revisamos la legislación y doctrina de otros ordenamientos jurídicos tales como España, Francia, Italia; países de gran influencia en nuestro ordenamiento, sin embargo, no dejamos de lado al sistema de la *Common Law*, ya que en el aspecto jurídico empresarial sobre sociedades anónimas ha evolucionado de una manera vertiginosa.

Luego del análisis en otros ordenamientos, en el capítulo quinto, analizamos la responsabilidad civil de los directores en nuestro ordenamiento jurídico, la cual se encuentra regulada de manera específica en la Ley General Sociedades, pero no podemos dejar de lado los principios y conceptos fundamentales de la regulación en materia de responsabilidad en el Código Civil; de igual forma analizamos los deberes generales, tales como el deber de diligencia y el deber de lealtad, así como los deberes específicos recogidos por diversos artículos de la ley.

La conducción de una sociedad anónima por parte de los directores ha ido fortaleciéndose de manera progresiva incrementando así su poder, esa situación se produce por varios supuestos que analizamos en el capítulo sexto, el primer supuesto es la separación entre la propiedad y la administración, el segundo supuesto, es la tecnificación que han alcanzado los directores para dirigir una sociedad anónima, el tercer supuesto, es la proliferación de grupos empresariales o grupos de sociedades que van consolidando lazos y otorgando

a los directores la dirección no solo de una de sus empresas sino de todo el grupo empresarial.

Cabe señalar que, en nuestro análisis sobre el tema en específico, responsabilidad civil de los directores, la jurisprudencia peruana no se ha podido desarrollar de acuerdo a la circunstancias, dentro de ese contexto nos formulamos algunas preguntas ¿Los Directores actúan siempre sin infringir normas de conducta?, ¿La sociedad, los socios y terceros se *encuentran realmente protegidos* con dicha normativa?; es erróneo pensar que todos los directores de las sociedades anónimas en el Perú actúan con absoluta diligencia, de allí que, en nuestra opinión, el régimen de la responsabilidad civil de los directores de una sociedad anónima no está cumpliendo la función que le ha sido otorgada, y por tanto debe ser más rígida, convirtiéndose dicha institución en un límite a la actuación de los directores.

En ese orden de ideas, en el capítulo sexto analizamos y señalamos, nuestras propuestas, la responsabilidad debería ser parte del límite de todo el poder otorgado a los administradores, ya que si no se pone inmediatamente un freno al actuar de los administradores, las juntas generales quedaran reducidas a repetir los actos, acuerdos los directores, para ello proponemos que el artículo 177° de la Ley General de Sociedades sea revisado y modificado oportunamente.

Asimismo, en dicho capítulo analizamos, si es posible exonerar o limitar estatutariamente la responsabilidad civil de los directores, si es viable la propuesta de la responsabilidad profesional para el caso de los directores, y por qué consideramos que la forma de la regulación de la caducidad de la acción es errónea y también debe ser pasible de una reforma legal.

Finalmente, no podíamos terminar nuestra investigación sin dejar de revisar la contratación del seguro de responsabilidad civil de los directores, denominado también póliza de seguro D&O, y demostrar el por qué en nuestro país, todavía, no se ha implementado y planteamos que, una de las razones es por el limitado

sistema de regulación en materia de responsabilidad civil de los directores en nuestro país.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS EN EL PERU: A LA LUZ DE LOS NUEVOS DESAFÍOS

CAPITULO PRIMERO DISEÑO METODOLÓGICO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico la denominada responsabilidad civil de los directores se encuentra regulada de manera genérica en el Código Civil y de manera específica en la Ley General Sociedades. Ambos cuerpos normativos, si bien es cierto son diferentes, no son excluyentes, toda vez que pueden ser aplicados de manera concordada de ser el caso.

En el ámbito de la responsabilidad societaria de los Directores, esto es, en la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), consideramos que las normas específicas resultan ser muy “flexibles”, revelándose dicha flexibilidad de esta manera: por ejemplo la valla que impone el artículo 177° de la LGS -sobre la negligencia grave- termina siendo, en el ámbito jurisdiccional, muy difícil de probar, por otro lado, el artículo 184° de la LGS señala que la responsabilidad civil caduca a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o de la realización del acto que origino el daño; sin embargo si los socios, terceros o la misma sociedad, toman conocimiento del daño una vez que el director ha culminado su cargo -que puede ser 3 años a más si se renueva o según señale el estatuto- para ello ya pasaron más de dos años que se produjo el daño o se celebró el acuerdo, entonces simplemente no se puede acudir al ente jurisdiccional, logrando así encubrir la mala conducta de los directores es por

ello que la Judicatura, al parecer, no puede aplicarlas para sancionar conductas evidentemente infractoras.

De allí, en nuestra opinión, el régimen de la responsabilidad civil de los directores de una sociedad anónima debe ser más rígida, no debe haber ningún rasgo para que el mal actuar de los directores quede impune, convirtiéndose dicha institución en un límite a la actuación de los directores; sin necesidad de aumentar supuestos específicos de conducta a seguir por los directores sino que la responsabilidad civil como institución debe estar realmente sólida para afrontar la materia mercantil.

Por ello, como parte del incremento de la rigidez planteamos se inserte dentro de la regulación societaria sobre la responsabilidad civil de los directores la denominada *responsabilidad por culpa leve*, ya que la inclusión de este parámetro implicaría el incrementar el nivel de diligencia que debe tener un director –ya sea para operar una sociedad anónima cerrada o abierta– dado la importancia de su actuar en la sociedades anónimas.

Además, planteamos modificar lo prescrito en materia de caducidad de la Responsabilidad Civil de los directores lo relacionado al computo del plazo ya que nuestra actual Ley General de Sociedades señala que empiece a contar el plazo desde la adopción de acuerdo o la realización del acto que origina el daño, lo cual no resulta armónico con nuestra realidad, debería contarse el plazo desde que los directores dejan el cargo, es decir desde que culminan sus funciones en la empresa.

Dicho planteamiento se debe a una visión completa de la responsabilidad civil de los directores, actualmente los directores de una sociedad cualquiera sea la modalidad han logrado obtener mucho poder e influencia dentro de la sociedad que dirige, lo que implica que nuestra legislación debe elevar el nivel de responsabilidad de los directores para así resguardar los intereses de los socios, de la sociedad y de terceros.

En ese sentido, también planteamos los efectos que generaría dicha evolución del régimen de responsabilidad civil de los directores, institución que se viene hablando en varios sistemas jurídicos y nace a finales de los años 80's en Estados Unidos- con el nombre de *Directors and Officers Liability Insurance* - conocida por su abreviatura D&O- pero que su influencia es tal que varios países como Alemania, España entre otros han convenido en adoptar, nos estamos refiriendo al seguro de responsabilidad civil de los directores.

Si bien es cierto, la institución del seguro de responsabilidad civil de los directores es relativamente nueva no se ha logrado adaptar al mercado peruano, lo cual resulta extraño ya que en nuestra realidad existen grandes transnacionales que vienen especialmente del modelo estadounidense que podrían adoptar el seguro de responsabilidad civil de los directores.

Consideramos, que se debe a la regulación de nuestro régimen de responsabilidad civil de los directores –por el momento– no existe una motivación para que el mercado del seguro de responsabilidad civil exista; es por ello que no se masifica la contratación de este seguro.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA PRINCIPAL

¿Es necesario fortalecer el régimen de la responsabilidad civil de los directores en las sociedades anónimas?

1.2.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS

- ¿Es necesario regular la culpa leve en el Perú para los directores de una Sociedad Anónima?
- ¿La regulación sobre la caducidad de la Responsabilidad Civil de los Directores es idónea?

- ¿El seguro de responsabilidad civil de los directores sería un efecto directo en la rigidez de regulación en dicha materia?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. Determinar los fundamentos de la sociedad anónima, de los órganos societarios, en especial del directorio, para así analizar la responsabilidad civil a la que se encuentran inmersos los directores en nuestro ordenamiento jurídico.
2. Sustentar que el poder alcanzado por los directores ha dejado atrás la concepción de priorizar la actividad comercial por la de seguridad jurídica.
3. Demostrar, que tal como se encuentra regulado, nuestra Ley General de Sociedades en materia de responsabilidad civil de los directores, se está vulnerando el derecho de acción que tienen tanto la sociedad, los socios o terceros perjudicados por el mal actuar de los directores.

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Es sumamente relevante fortalecer nuestro sistema de responsabilidad civil en materia mercantil, para así dar paso a los grandes cambios que se vienen dando en nuestra sociedad en el ámbito empresarial y contribuir e incentivar, pero de manera segura, los nuevos negocios empresariales.

2. MARCO TEORICO

La responsabilidad civil es una de las instituciones más importantes del derecho, pues sea por incumplimiento de obligaciones o por lesionar un derecho ocasionando algún daño-según nuestro sistema- tienen que responder, es decir hacerse responsable de las consecuencias de sus actos indemnizando a la parte que ha sufrido el daño, con ello cumple la responsabilidad civil con

sus funciones -reparadora y sancionadora-, estas funciones se cumplen una vez que se ha ocasionado el daño; sin embargo la responsabilidad civil tiene otras funciones más como es por ejemplo la función preventiva o disuasiva, ya que también pone límites al actuar de las personas a fin de que no cometan actos que ocasionen algún daño. En ese sentido la institución de la responsabilidad civil cumple las mismas funciones en materia mercantil claro está valiéndose de sus principios particulares que tiene ésta materia.

Ahora bien, la doctrina del Derecho Privado y Mercantil en materia de la responsabilidad civil de los directores de una sociedad anónima ha estado en constante debate e investigación; sin embargo, la legislación nacional no ha ido acorde con aquellas investigaciones realizadas mucho menos con el dinamismo que se desarrolla el mundo empresarial, que puede generar muchos abusos amparados por la norma.

Es por ello que ésta tesis trata de evaluar todos los elementos actuales y desafíos así como históricos de las instituciones jurídica materia de análisis y todos sus elementos conexos, sin dejar de lado el análisis jurisprudencial que en esta materia ha sido muy escasa.

3. FORMULACION DE HIPOTESIS:

3.1. HIPÓTESIS GENERAL

Sí es necesario fortalecer el régimen de la responsabilidad civil de los directores en las sociedades anónimas, es decir endurecer las reglas de juego en el actuar de los directores, puesto que los directores, de una sociedad cualquiera sea la modalidad ha logrado obtener mucho poder e influencia dentro de la sociedad que dirige, lo que implica que nuestra legislación debe elevar el nivel de responsabilidad de los directores para así resguardar los intereses de los socios, de la sociedad y de terceros. La responsabilidad civil como institución debe ser sólida para afrontar la materia mercantil y a la manera como conseguiremos tan ansiado fortalecimiento, es haciendo las normas más rígidas

sin ningún tipo de contemplaciones. En ese sentido planteamos las siguientes propuestas:

3.2. HIPOTESIS ESPECÍFICA

- Como parte de este fortalecimiento planteamos que se inserte dentro de la regulación societaria sobre la responsabilidad civil de los directores la denominada *responsabilidad por culpa leve*, ya que la inclusión de este parámetro implicaría que cualquier perjudicado pueda acudir al poder judicial sin dificultar la probanza, además se incrementaría el nivel de diligencia que debe tener un director -ya sea para operar una sociedad anónima cerrada o abierta- dado la importancia que han obtenido los directores en estos tiempos.
- En relación a la caducidad de la responsabilidad civil de los directores, consideramos que la regulación de nuestra Ley General de Sociedades no es idónea, toda vez que señala, el computo del plazo desde la adopción del acuerdo o la realización del acto que origina el daño, lo cual no resulta justo ni armónico con nuestra realidad, por ello planteamos es que se realice el conteo del plazo desde la fecha que ha culminado su función como director de la empresa o desde que se conoció el hecho.
- En ese orden de ideas, señalamos también que parte de ese cambio involucraría un cambio dentro del mercado - tal como se viene desarrollando en otros países- especialmente en el mercado de seguros, ello es incrementaría la demanda de ese seguro, pues las normas al ser más rígidas inmediatamente despertaría la necesidad de amenguar el riesgo.

4. METODOLOGÍA

4.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Se ha realizado un trabajo teórico-doctrinario e igualmente es propositivo; es decir, hemos desarrollado las instituciones jurídicas y hemos revisado las normas que involucran a nuestra investigación, proponiendo así una modificación en la Ley General de Sociedades, que genere un sistema jurídico actualizado y coherente con sus principios que regulan nuestro sistema jurídico.

4.2. TÉCNICA DE RECOPIACION DE DATOS

Para el desarrollo de esta tesis se ha usado la técnica del Análisis Documental. Se ha realizado una revisión y análisis de la legislación nacional en materia societaria y del sistema de responsabilidad civil. Se han consultado los fondos bibliográficos y hemerográficos de las universidades de la ciudad de Lima, páginas y bibliotecas jurídicas de distintas universidades del mundo desde el acceso a internet, además hemos consultado jurisprudencia relacionada a la materia.

CAPITULO SEGUNDO

LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Para iniciar nuestra investigación, sobre la responsabilidad civil de los directores en las sociedades anónimas en el Perú, es necesario tener una visión completa de los institutos más importantes del ámbito empresarial. Es así que, empezamos señalando aspectos relevantes de las sociedades anónimas en nuestro sistema jurídico.

1. EVOLUCIÓN Y CONCEPTO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Las sociedades anónimas tienen como antecedente o precedente más inmediato, en las compañías de Indias que surgen en el siglo XVII al servicio del expansionismo ligado a la actividad y comercio coloniales. Nacen precisamente cuando es necesaria una fuerte acumulación de capital, que con carácter generalizado se produce con la primera revolución comercial. Ello se señala porque tiene como rasgos característicos como es la Responsabilidad limitada de sus miembros a la cifra de su aportación y la división del capital social en títulos que incorporan la condición de socios, pues ese título es fácil de transferir.

No obstante, no todos los autores coinciden en lo relativo a los antecedentes más remotos del tipo societario hoy conocido como la sociedad anónima. Por ejemplo Antonio Brunetti¹, entre otros, estudió detenidamente las formas más antiguas de las organizaciones antecesoras, tratando, según el mismo, de no confundir aquellas que presentan solamente algunas afinidades de estructura con las que sí configuran un real precedente.

¹ Citado por ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1999, p. 244.

Así analiza las *societatis publicanorum*, de origen romano, en las que encuentra personalidad jurídica, diferencia entre partícipes y socios títulos de participación transferibles; y las *commenda*, de la misma fuente que contiene formas de responsabilidad limitada y partes sociales, también las *Maone* de origen veneciano, en las que cree detectar un primer paso había las sociedades coloniales antecesoras de la sociedad anónima. Luego analiza el famoso *Banco di San Giorgio* de Génova y el *Banco di Sant'Ambrogio*, en los que localiza el concepto de participación accionaria negociable, finalmente estudia las corporaciones mineras alemanas, *Gewerkschaften* donde se señala la existencia de participaciones transferibles.

Así también, Joaquín Garrigues² señala que en el origen de la sociedad anónima se descubren dos cauces históricos diversos: el italiano, donde vemos aparecer el germen de esta sociedad en las relaciones entre el estado y sus acreedores, como eran las asociaciones de acreedores del estado que prestaban dinero al estado, destaca la llamada casa di S. Giorgio, el cual tenía las características de la moderna sociedad anónima la responsabilidad limitada, la división del capital en partes iguales y transmisible; el otro cauce es el holandés donde aparece ligada al comercio de las indias orientales y occidentales de principios de siglo XVII, al impulso creador de los comerciantes y navegantes. Las antiguas formas sociales conocidas en el derecho romano como *societatis vectigalium publicorum* sólo tienen de común con la moderna sociedad anónima su carácter corporativo y la transmisibilidad de los derechos sociales.

La Sociedad Anónima es la institución más importante dentro del ámbito mercantil y la que más ha evolucionado a través del tiempo³, configurándose actualmente, como la mejor herramienta para el expansionismo y mejor

² GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Temis, 1987, pp. 105-107.

³ A fin de conocer la evolución de la Sociedad Anónima a fines del Siglo XX, Vide: BROSETA PONT, Manuel, "Tendencias Actuales del Derecho Mercantil a fines del Siglo XX", en *Revista de Derecho Privado*, Año 3, N° 7, enero- abril, México, 1992, pp. 11- 20.

posicionamiento del capitalismo en el mundo. Por ello, Roberta Romano⁴ señala que la empresa es la caja negra en la economía neoclásica, representado por una función de producción.

La sociedad anónima es una sociedad de capitales, con responsabilidad limitada⁵, en donde el capital social se encuentra representado por títulos negociables que son las acciones, por ello, la sociedad anónima tiene un mecanismo jurídico dinámico, orientado a separar la propiedad de la administración de la sociedad.

Easterbrook y Fischel⁶ tienen una teoría que parte del contrato de sociedad y de la concepción de la sociedad como organización que permite separar las funciones de las partes contratantes, dicha teoría se fundamenta en la concepción de la sociedad como una “red de contratos” en la que participan los diversos actores en la vida de la sociedad (accionistas, administradores, directivos, trabajadores y acreedores). Esa red de contratos constituye la “estructura de gobierno” de la sociedad. Dada la importancia del capital para el nacimiento y el desarrollo de las sociedades, los inversores de capital asumen necesariamente una posición preferente en esa estructura.

Además, Sánchez Calero⁷, concluye que el éxito de las sociedades anónimas se debe principalmente a dos causas “1º la división del capital en acciones que son participaciones de un valor nominal reducido (de 3 a 6 euros por regla general) representada por valores negociables, lo que facilita la inversión, pues puede canalizarse hacia las grandes sociedades anónimas cotizadas en bolsa la masa del ahorro aun cuando modesto, con la posibilidad además de que

⁴ ROMANO, Roberta, *Foundation of Corporate Law*, Oxford University Press, USA, 1993, p. 3, Vide, también, POLINSKY A., Mitchell, “Principal- Agent Liability”, en *Working Paper* N° 258, mayo, 2003, pp. 1- 10.

⁵ Sobre la responsabilidad limitada de los accionistas. Vide: HANSMAN, Henry/KRAAKMAN, Reinier, “Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts”, *The Yale Law Journal Company*, Vol. 100, N° 7, mayo, 1991, pp. 1879- 1934.

⁶ MARCOS, Francisco, “Análisis Económico del Derecho de Sociedades, Recensión a Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, La estructura económica de las sociedades de capital”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid (2002)”, en *Indret*, Working Paper N° 167, Barcelona, 2003, p. 3.

⁷ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios del Derecho Mercantil*, 11ava. ed., Aranzandi, Navarra, 2006, p. 181.

cualquier socio aumente fácilmente el importe de sus participaciones (mediante la adquisición de otras acciones) o lo disminuya (a través de su venta); 2º la ausencia de responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales, a las que ha de hacerse frente únicamente con el patrimonio social.”

La gran difusión y evolución de las sociedades anónimas en el sistema capitalista al cual nos encontramos inmersos, se ha dado precisamente por los caracteres de éstas figura societaria, pero sobre todo la preponderancia del elemento capital sobre el elemento personal y la división del capital en título negociables que representaban partes alícuotas del mismo lo que se traduce con el devenir del tiempo en la responsabilidad limitada de los accionistas.

En ese sentido que consideramos, a la sociedad anónima como una persona jurídica que recibe los aportes de sus socios para la realización de actividades económicas, ya que la formación de una sociedad anónima se da principalmente con los aporte de los socios, el *afectio societatis* pasa a un segundo rango, debido a que en una sociedad de capitales lo más importante son los aportes económicos que se hayan realizado.

Aportes que se convierte al momento de la constitución de las sociedades anónimas en el capital social, el mismo que se encuentra dividido en títulos denominados acciones que representan una parte alícuota del capital; su titularidad, señala el profesor Elías Laroza⁸, confiere una serie de derechos indesligables, relacionados con la toma de decisiones en la sociedad (derechos políticos) y la participación en los rendimientos económicos de la misma (derechos patrimoniales).

⁸ ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano*, cit. p. 109.

2. ÓRGANOS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

2.1. CONCEPTO DE LOS ÓRGANOS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

La sociedad anónima, como persona jurídica ha sido creada por la voluntad del hombre, a la misma que le ha otorgado la facultad de manifestar su voluntad, pero para ello requieren de instituciones que logren ese objetivo, es así que surgieron los órganos de la sociedad anónima, el cual para el caso peruano los órganos de las sociedades anónimas son: La Junta General de Accionistas y Los Administradores (Directorio y Gerencia).

Tal como señala Broseta Pont⁹, La sociedad anónima necesita de los órganos para crear, emitir y ejecutar su voluntad, así como para concertar los actos y estipular negocios de relación con terceros a través de los cuales realiza el objeto social para cuya consecución fue constituida.

Sobre el particular resulta oportuno citar lo expuesto por Joaquín Garrigues¹⁰ en su Curso de Derecho Mercantil, plantea una distinción entre los órganos de representación, a los cuales confía la ejecución de los negocios en curso; los órganos de vigilancia, los cuales aparecen como sobreordenados a los primeros para examinar su gestión; y los órganos deliberantes, en los que se manifiesta la voluntad colectiva o social, a la que están sometidos los demás órganos, los cuales dependen, en su nombramiento, actuación y revocación de este órgano soberano en la vida interna de la sociedad.

3. ÓRGANO SUPREMO: JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

Como ya lo hemos manifestado, toda sociedad anónima necesita de órganos para expresar su voluntad y así desarrollar su objeto social; además necesita contar con un órgano que represente la máxima expresión de la voluntad de la

⁹ BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, 11ava ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 389.

¹⁰ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pp. 169-170.

sociedad anónima, y ese órgano es la Junta General de Accionistas, órgano mediante el cual los socios manifiestan su participación en la sociedad anónima.

La doctrina señala tres ciclos evolutivos de la participación de los socios en la sociedad anónima: El primero, durante el cual el poder de los administradores es casi omnímodo y la intervención de los socios es prácticamente inexistente; el segundo se caracteriza por intento de democratización de la sociedad por acciones, basado en la creación de las asambleas de socios con poderes de nombramiento y fiscalización de la labor de los administradores; y el tercero, que se plasmó en las legislaciones del siglo XIX y continuó durante el siglo XX, en el que aparece la junta general de accionistas con los caracteres esenciales por los que se le conoce en las sociedades anónimas modernas.

La Junta General de Accionistas es el órgano supremo de toda sociedad anónima, que se dedica a establecer los criterios fundamentales para el funcionamiento y cumplimiento del objeto social, sin llegar a intervenir en las funciones ejecutivas de los administradores, es la Junta General de Accionistas. Es preciso señalar, tal como se manifiesta en el Tratado de Derecho Mercantil, el derecho comparado contempla sin excepción al citado órgano, como base de toda sociedad anónima; diferenciándose únicamente el vocablo utilizado por sus legislaciones. En países de lengua francesa, italiana y portuguesa y algunos hispanoamericanos se le denomina "asamblea general", pero en España y otros países de lengua castellana se denomina "junta general", nombrándose por su parte, "meeting": en países como Inglaterra y Estados Unidos, regulados por el Common Law.¹¹

Se encuentra conformada por titulares de las acciones representativas del capital social, es decir los socios, y su participación en la Junta General de Accionistas resulta obligatoria para ellos, por lo menos una vez al año se deben

¹¹ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo/ GARCÍA LOCATELLI, Javier, "La Junta General de Accionistas", *Tratado de Derecho Mercantil Ley General de Sociedades*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 591.

reunir para discutir sobre la gestión social de la empresa. En palabras de Sánchez Calero¹², describe a la junta general como la forma especial de organizar el conjunto de los socios con la finalidad de que puedan deliberar y adoptar acuerdos, abierta a todos los accionistas para que mediante su voto puedan formar la voluntad del órgano y, en definitiva, la de la propia sociedad.

La posición de predominio que tiene la junta general en las sociedades anónimas con el crecimiento de las sociedades, especialmente las sociedades que cotizan en bolsa, en la actualidad, ha venido decayendo y ello se debe, principalmente, a la cantidad bastante elevada de los accionistas, que dificulta la reunión y deliberación de los puntos que son de competencia para la junta general de accionistas, es dentro de este contexto, que quién ostenta gran poder es el Directorio, como encargado de su administración.

Sin embargo, no podemos dejar de opinar, que todavía existen sociedades, sobre todo las sociedades anónimas cerradas donde se pone en primer rango el carácter personalista y el vínculo que mantienen los accionistas, en cuyos casos éstos comúnmente participan en la gestión y vigilancia de la sociedad.

3.1.NATURALEZA JURÍDICA

Como bien señalamos, la Junta General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad, que discute y resuelve asuntos de prioridad para la sociedad anónima que señala la ley o que se establece en el estatuto.

Sin embargo, como bien refiere Carlos Gago, Luis Marío Gonzales y José Alberto de Lía, citado en el Tratado de Derecho Mercantil¹³ no toda reunión de accionistas constituye una asamblea, debiendo entenderse que para que ella exista, debe haber sido convocada conforme a ley, y a los estatutos, para

¹² SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Junta General en las Sociedades de Capital*, Aranzandi, Navarra, 2007, p. 37.

¹³ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo/ GARCÍA LOCATELLI, Javier, "La Junta General de Accionistas", *Tratado de Derecho Mercantil Ley General de Sociedades*, cit., p.591.

resolver las cuestiones previstas por éstos o los asuntos indicados en la agenda.

En ese sentido, manifestamos que no existe órgano que pueda expresar, la voluntad social de mejor manera que la junta general de los accionistas, pues son los socios, en su conjunto, que representan fielmente los intereses de la sociedad. Por ello, el profesor Elías Laroza¹⁴ concluye que la junta general es el órgano de la sociedad donde se forma principalmente la voluntad social de la sociedad anónima.

Los accionistas o socios se reúnen de manera organizada y toman acuerdos que constituyen manifestaciones auténticas del ente bajo cuya personalidad legal se les convoca. Así las mayorías, con las que un accionista vota en ciertos casos y no en otros, terminan emitiendo la voluntad de la sociedad en cuyo nombre actúan no en forma individual sino integrando una asamblea.

Asimismo manifiesta, el artículo 111° de la Ley General de Sociedades “La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas incluso los disidentes y lo que no hubieran participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general”

3.2. CONCEPTO

La Junta General de Accionistas es un órgano interno y único en el que participan todos los socios y tiene, conforme a la ley, una competencia ciertamente relevante, en cuanto al resto de los órganos sociales tienen en principio un posición subordinada respecto a ella, por eso se afirma que, aun cuando no resulta preciso en la actualidad decir que en todo caso la junta

¹⁴ ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1999, p. 247.

general es el órgano sobreaño de la sociedad, sí puede indicarse que se trata del órgano que ocupa una posición superior respecto de los demás.¹⁵

En ese sentido y tomando las características destacadas por Sánchez Calero¹⁶ de éste órgano interno; en el que participan, en principio, todos los accionistas de la sociedad, es un órgano necesario, cuya actuación no es permanente, es un órgano colegiado, ello deriva que la junta está sometida a un procedimiento establecido por la Ley y los estatutos a fin de que la voluntad de los socios se transforme en la voluntad social, tiene su propia competencia que están dados por la Ley y los estatutos, los mismos que son los actos más relevantes de la sociedad.

Es preciso manifestar lo que señala Galgano¹⁷, la primera observación que se desprende de las disposiciones de la Junta General de Accionistas o Asamblea de los socios (En Italia) no está provista de una competencia general; en efecto, ella no puede decidir sobre cualquier asunto que interese a la sociedad, y solo puede decidir con validez sobre las materias que han sido expresamente atribuidas a su competencia. Así pues la competencia de la asamblea es una competencia especial, mientras, por el contrario, es general la competencia del órgano administrativo, pues cada materia que no está expresamente atribuida a la competencia de la asamblea (y que no quede comprendida dentro de las atribuciones específicas de la junta directiva), es materia de competencia de los administradores. Una segunda observación que se desprende de las disposiciones antes mencionadas, se refiere a la naturaleza de los asuntos de competencia de la asamblea, en efecto, a la asamblea le corresponden en los supremos actos de gobierno de la sociedad.

¹⁵ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Junta General en las Sociedades de Capital*, cit., p. 38.

¹⁶ *Ibíd*em, pp. 46 – 47.

¹⁷ GALGANO, Francesco, *Derecho Comercial, Las Sociedades*, Vol. II, Temis, Bogotá, 1999, p. 330.

3.3.COMPETENCIA Y ATRIBUCIONES

En relación a su competencia tenemos que señalar que, la junta general como órgano de la sociedad tiene atribuciones que determina su competencia, establecidos éstos en el artículo 115° de la LGS, los mismos que se constituyen en límites a su actuación, además como bien señala Elías la rosa la competencia es el primer grupo de limitaciones, el segundo grupo de limitaciones se encuentran enunciados en los artículos 38° (nulidad de acuerdos societarios) y 139° (acuerdos impugnables) de la Leyes, los cuales determinan que los acuerdos societarios que sean contrarios a las leyes que interesan al orden público, a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o al estatuto o los que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio, directo o indirecto, de uno o varios socios y la omisión de formalidades de publicidad establecidas por ley.

Y un tercer grupo que señala el profesor, Elías Laroza¹⁸ son los derechos individuales de accionistas y terceros, que no pueden ser vulnerados por acuerdos tomados por ella, aún cuando fuesen unánimes (...)

Todas las juntas generales de accionistas, cualquiera sea su modalidad, es la misma institución, pues es un órgano social supremo de la sociedad anónima, por ello, la actual Ley General de Sociedades ha eliminado la distinción tradicional entre junta general ordinaria y extraordinaria que había prevalecido en nuestra legislación desde la Ley de Sociedades Mercantiles N° 16123 del año 1966 y ahora la Ley General Sociedades se refiere únicamente a la Junta General de Accionistas, a excepción de la Junta Obligatoria Anual estipulado en el artículo 114°, la cual se reúne una sola vez al año dentro de los tres meses siguientes a la finalización de un ejercicio económico a fin de que se pronuncien sobre la gestión social y los resultados económicos del ejercicio anterior expresados en los estados financieros del ejercicio anterior, aplicación y distribución de utilidades, nombramiento de directorio de ser el caso, así como

¹⁸ ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano*, cit., pp. 250- 251.

fijar su retribución, delegar al directorio o designar auditores externos, u otros asuntos que competen a la junta de interés de la sociedad, y de la junta universal regulada en el artículo 120° Ley General de Sociedades, que señala que siempre que se encuentren presentes todos los accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto y acepten por unanimidad la celebración de la junta, entonces la junta se encuentra válidamente instalada y sus acuerdos tienen toda la validez sin necesidad de convocatoria, pudiendo tratar cualquier asunto siempre en cuando se encuentre dentro de los límites de su competencia y todos hayan aceptado el asunto que en ella se proponga a tratar, es decir aceptando la agenda u orden del día¹⁹.

Ahora bien señala, Hundskopf Exebio y Garcia Locatelli²⁰ que en los asuntos que la anterior ley sometía a la decisión de la junta general extraordinaria, están ahora considerados como de competencia de cualquier Junta General de Accionistas válidamente instalada, correspondiendo a la Junta General de Accionistas pronunciarse, en la oportunidad en que se le hubiere convocado, sobre la remoción de los directores, la modificación del estatuto, el aumento o reducción del capital, la emisión de obligaciones, la realización de investigaciones y auditorías especiales, la transformación, la fusión, escisión, reorganización, y disolución y liquidación de la sociedad, etc.

No debemos entender que la denominación de cada Junta se refiera a instituciones distintas, es la misma junta general de accionistas celebrado en distintas circunstancias, por ello, a pesar que la Ley General de Sociedades obliga a tener una junta general anual, la misma asamblea u otra de otro carácter se puede llevar en cualquier momento, siempre en cuando cumpliendo con el artículo 116°, que describe los requisitos de la convocatoria o cuando ocurra los supuestos señalado en el artículo 120° de la Ley.

¹⁹ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *La Junta General en las Sociedades de Capital*, Aranzandi, Navarra, 2007, pp. 168-171.

²⁰ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo/ GARCÍA LOCATELLI, Javier, "La Junta General de Accionistas", *Tratado de Derecho Mercantil Ley General de Sociedades*, cit., p. 593.

Por otro lado, la Ley General de Sociedades regula la junta especial como la que se celebra con la confluencia de accionistas de una clase especial de acciones; ello se da cuando se va realizar alguna junta general de accionistas que pueda afectar los derechos de dicha clase de acciones, por ser la minoría, por ello se reúnen para adoptar un acuerdo unánime frente al acuerdo que se pueda llegar en la junta general de accionistas; por ello para estas juntas se le ofrece un artículo en particular porque no se refiere a la sociedad en su conjunto sino a un determinado grupo; sin embargo, para efectos de la convocatoria, quórum y acuerdos se rigen por las reglas generales de la Junta General de Accionistas.²¹

3.4.CONVOCATORIA Y QUORUM

Las Juntas, de acuerdo a los asuntos que tiene que tratar ya sean trascendentales o no requiere una cantidad mínima de accionistas que tienen que estar presentes o representadas por otras personas para que se pueda instalar la sesión.

El artículo 126° de la Ley General de Sociedades, remitiéndose expresamente a los casos de los incisos 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 115, exige que para que la junta se reúna en primera convocatoria deben estar presentes o representados, accionistas que constituyan 2/3 de las acciones suscritas con derecho a voto, y en segunda convocatoria, exige la concurrencia de al menos 3/5 partes de tales acciones, pero esta norma sobre el quórum está acompañada además de una norma adicional, que es el artículo 127, la cual establece que para la adopción de acuerdos trascendentales, se requiere que éste cuente con el voto favorable de un número de acciones que represente cuando menos la mayoría absoluta del total de las acciones suscritas con derecho a voto.

En el caso de acuerdos no trascendentales se exige un quórum simple, lo que representa que la junta general queda válidamente constituida en primera convocatoria cuando se encuentren representadas cuando menos el 50% del

²¹ Ibídem, p. 593.

total de las acciones suscritas con derecho a voto, y en segunda convocatoria será suficiente la concurrencia de cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto. Sin embargo, los estatutos pueden establecer porcentajes mayores a los que la ley pero esos porcentajes nunca podrán ser menores.

En ese sentido, al igual como señala Hundskopf Exebio y Garcia Locatelli²² creemos que no debe confundirse el carácter soberano de dicho órgano con la potestad omnímoda para decidir válidamente en toda clase de asuntos y cuestiones. La soberanía de la junta está delimitada por la órbita de su propia competencia.

Los accionistas, como titulares de acciones que son parte del capital de la sociedad, desde que se hizo público el anuncio de la convocatoria con los asuntos a tratar, todos los accionistas tienen derecho a solicitar información y que la sociedad le entregue de la forma y tiempo oportuno, por ello el artículo 130° de la Ley General de Sociedades señala que desde el día de la publicación de la convocatoria, los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta general deben estar a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad o en el lugar de celebración de la junta general, durante el horario de oficina de la sociedad.

Este derecho tiene como fundamento a que el accionista para poder emitir su voto ya sea a favor o en contra debe de estar informado y que cuente con suficientes elementos de juicio y la sociedad, específicamente los administradores o directores, tiene la obligación de brindar la información que el accionista solicite, siempre en cuando, la información no ponga en riesgo los intereses de la sociedad, Sin embargo, ésta excepción de entrega de información no procede cuando la solicitud sea efectuada por accionistas presentes en la junta que representen al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto.

²² Ibídem, p. 597.

Asimismo, Hundskopf Exebio y Garcia Locatelli²³ señala que, debe precisarse el derecho de información de los accionistas no es irrestricto, sino que debe ejercerse de buena fe y con la intención de contar con mayores elementos de juicio para participar en las juntas. Hacemos esta salvedad porque la posesión de cierta información por parte de accionistas sin escrúpulos obtenida en virtud del derecho aquí comentado, podría poner en peligro a la sociedad, e incluso servir para revelar secretos industriales o comerciales a sociedades competidoras. Corresponde al directorio de las sociedades anónimas analizar, en cada caso concreto, la procedencia de entregar la información solicitada por los accionistas.

4. LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Tratándose de una ficción jurídica creada por el hombre, como es la sociedad anónima, ésta necesita de personas naturales que realice lo que se ha propuesto para su creación, esto es su objeto social.

Por ello, para lograr la finalidad por la cual ha sido constituida y con la evolución del capitalismo surgieron los administradores que se van a encargar de gestionar y representar a la sociedad anónima dirigidos hacia un solo interés, el objeto social de la sociedad que administran, por eso los administradores actúan en nombre de ella, estableciendo relaciones jurídicas.

Según la ley, el órgano de administración está sometido a la voluntad y al control de la junta general. Pero la realidad, especialmente de las grandes sociedades anónimas, ha consagrado de facto un fortalecimiento del poder personal de los administradores en detrimento del poder y del control de la Junta General, hasta el punto de que son los administradores quienes controlan aquella lo que ya en la década de los sesenta se dio en llamar *manager's revolution*²⁴

²³ Ibídem, pp. 598- 600.

²⁴ BROSETA PONT, Manuel/ MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, 13era. ed., Tecnos, Barcelona, p. 416.

4.1.NATURALEZA JURIDICA

Para determinar la naturaleza jurídica de la administración de la sociedad anónima, tenemos que analizar distintas teorías y su evolución, ante lo cual señalamos, previamente, que la representación deriva de la voluntad y del acuerdo de las partes (representación voluntaria) o de la ley (representación legal), ejemplo de éste último vendría a ser la patria potestad; dentro de la representación voluntaria se diferencia dos actos el primero de la atribución de facultades para que el representante obre a nombre del representado, y el segundo de la ejecución de estas atribuciones por el representante frente a terceros, dado que el ulterior negocio que el representante celebra con el tercero y aunque el representado no participa todos los efectos recaen sobre él y no al representante ²⁵.

La representación voluntaria nace de un acto unilateral, que tanto puede consistir en la atribución expresa de facultades del principal, como la ratificación o reconocimiento de actos realizados por el representante, también puede derivar de una relación contractual, la cual se plantee con motivo del nombramiento del representado y la aceptación por el representante de un cargo que implica *per se* la facultad de obrar a nombre del principal.

4.1.1. DE LA TEORIA DEL MANDATO A LA TEORÍA DEL ORGANO DE ADMINISTRACIÓN

En el caso de la representación societaria, tiene algunas diferencias con la representación voluntaria y la representación legal, por ello en el derecho alemán Gierke y Preus, propusieron la *teoría del órgano* en sustitución de la *representación* que a su vez, había sido propuesta por Savigny, autor de la teoría de la ficción para explicar la naturaleza de las personas colectivas²⁶.

²⁵ BARRERA GRAF, Jorge, *La representación voluntaria en derecho privado- Representación de sociedades*, Instituto de Derecho Comparado, México, 1967, pp. 11- 12.

²⁶ *Ibíd*em, pp. 145- 146.

Ambas figuras se combinan y concilian, porque si bien es cierto que la administración de las sociedades no consiste solamente en una función representativa pues la naturaleza de la administración requiere en efecto acudir a la teoría del órgano para explicar la función de los administradores y de la sociedad misma.

La representación de los administradores es necesaria y legal²⁷ porque la ley a diferencia de otros casos de representación limita el ámbito de las facultades; sin embargo, esas limitaciones no impiden que la sociedad cumpla con su propia finalidad y que actúe a través de la persona que designó, pues dichas limitaciones no debe desvirtuar el carácter representativo de los administradores.

El administrador, además de la facultad de representación, tiene otras facultades como la de dirección y gestión de la sociedad, ya que, como dice Falza las sociedades son “entes inertes” y “hechos de derecho”, las sociedades requieren imprescindiblemente de las personas físicas para todas actividades que se exigen.

Es preciso señalar que, el contrato de prestación de servicios tampoco agota el contenido de la actividad del órgano de administración, ni la naturaleza jurídica de éste, ya que tanto la figura genérica de la prestación de servicios como en la del contrato de trabajo, se plantea una sujeción y una correlación respecto de otro sujeto, la cual no existe en órgano de administración; asimismo existía una teoría que justificaba a la actuación de representación que tenían los administradores con relación a la sociedad y frente a tercero, era la teoría del mandato regulado así en muchos ordenamientos jurídicos pero no era suficiente para explicar las características de un administrador de sociedades anónimas por ello surgió la teoría del órgano.

²⁷ Ibídem, pp. 147- 149.

La *teoría del mandato* no alcanzaba a la complejidad que manifestaba la administración de una sociedad, ante ello surgió la *teoría del órgano*, dicha teoría parte de que la sociedad es una entidad compleja, por ello la administración de la misma no sólo debe ejercer una labor de representación sino una labor de gestión y desarrollo del objeto social de la sociedad.

En ese sentido, podemos afirmar que en nuestro sistema jurídico se acoge a la *teoría del órgano*, atribuyéndole distintas facultades de gestión, dirección y representación de la sociedad, es una teoría que viene del derecho público y de dicho campo se ha trasplantado al derecho mercantil, era la manera de explicar la actividad de los funcionarios en los órganos estatales así como el ejercicio de dichas actividades; Santi Romano dice que se requería proveerlo de órganos es decir de elementos que no limitara actuar por el, sino que lo hicieran actuar, concediéndole la posibilidad de hacer propia, jurídicamente hablando, la voluntad y la acción de los individuos que no fuesen extraños sino incorporados a su estructura.

Sin embargo, en doctrina no es unánime que se tenga que acudir a la figura del órgano y diferenciar de la institución jurídica de la representación, también es cierto que las relaciones que se establecen entre distintos órganos de la misma persona jurídica no pueden explicarse a través de la representación, además los efectos de los actos recaen sobre el ente y no sobre los administradores²⁸.

Se ha sostenido en doctrina que la institución de la representación voluntaria no se aplica a la representación de sociedades, ni por la fuente de que dimanar, ni por los atributos de la misma institución, por ello se debería hablar de una representación orgánica en materia de personas jurídicas.

Por lo que se refiere a su fuente, es cierto que normalmente las facultades que corresponden al órgano de administración no derivan de un acto voluntario del representado (la sociedad anónima), sino que dimanar directamente de la ley y

²⁸ Ibídem, pp. 152- 154.

de la estructura misma del ente; a diferencia de cualquier especie de representación, en el caso del órgano no se plantea la relación bilateral interna, ni la externa, sino que la relación se establece directamente entre la sociedad y los terceros. Por ello muchos autores opinan que estamos ante la presencia de un órgano representativo y también de una representación orgánica.

El órgano de administración constituye el medio para integrar la voluntad y la capacidad de obrar de ente, aunque dichas notas se manifiesten a virtud de la actuación de personas físicas y la institución de representación no basta para explicar las facultades del órgano; en cambio la *teoría de la representación* si es suficiente para explicar la actividad que a nombre y por cuenta de la sociedad realizan los delegados del órgano quienes establecen relaciones jurídicas con terceros.

El órgano se integra de dos elementos, uno objetivo que al propio tiempo es estrictamente jurídico que son el conjunto de facultades o atribuciones del ordenamiento legal y el otro es el subjetivo, es decir las personas o personas que lo integran y que ejercen las facultades otorgadas, son el medio imprescindible para poner en función la esfera de competencia ²⁹

Ferrara, Minervini rechazan la necesidad y la conveniencia de acudir a un concepto y a una institución artificiosa y falsa, que solo constituye una supervivencia o un resabio de la teoría orgánica; sin embargo autores como Falzea afirman que tenemos necesidad de contar con la idea de órgano para explicar la voluntad de la sociedad anónima y los actos realizados por los órganos.

Por último existe un posición intermedia³⁰ que indica la existencia necesaria del órgano en las personas colectivas con funciones representativas que se distingue de otros tipos de representación, por eso se debe de hablar de *representación orgánica*.

²⁹ Ibídem, pp.177-178.

³⁰ Ibídem, pp.178-180.

La naturaleza de la relación jurídica desarrollada entre el administrador y la sociedad, el carácter de administrador deriva de un nombramiento de una designación de órgano competente que es la junta, por ello estamos ante un acto unilateral; sin embargo si bien es cierto nuestra ley no señala que debe de existir aceptación, el acta de constitución para que se pueda inscribir la sociedad anónima y por lo tanto obtener la personalidad jurídica, necesita indicar al administrador y/o administradores con sus firmas legalizadas, ante ello se entiende que están aceptando el cargo, pero es claro que no estamos ante un *contrato de mandato*, ni de *locación de servicios*, pero si ante una relación contractual donde los administradores son parte integrante de uno de los órganos que constituye la sociedad anónima que obra y actúa a nombre de la sociedad por resolución de la Junta General de Accionistas.

El contrato como lo califica Minervini³¹, es un contrato especial de administración que es propio de las sociedades de capitales, el mismo que proviene del derecho público, tiene como características ser oneroso, conmutativo, de ejecución personal y tracto sucesivo, que requiere para su validez del acuerdo de la asamblea o Junta General de Accionistas.

Consideramos al igual que Labariega³², que tanto la figura de la representación y la relación orgánica, son figuras que combinan y concilian, ya que administrar las sociedades implica desempeñar, una representación, pero no única y solamente eso, sino también se necesita postular la teoría del órgano para entender la función y la actividad de los administradores y de la sociedad misma, amén de que la representación de las sociedades tiene perfiles propios.

³¹ Ibídem, pp. 181- 184.

³² LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, "Los administradores de la sociedad anónima "Los ejecutivos": verdaderos capitanes de las empresas", en *Revista de Derecho Privado*, Sec. De doctrina, Año 10, N° 28, Mc Graw- Hill, 1999, p. 90

4.2. ESTRUCTURA Y FACULTADES DE LA ADMINISTRACION (DIRECTORIO Y GERENCIA)

Este es el órgano más dinámico que tiene la sociedad, es el órgano de la administración que en nuestro sistema se encuentra integrado por el Directorio y la Gerencia; ambos en comunicación constante se encargan de gestionar y administrar una sociedad anónima.

El órgano de administración es considerado por la Ley como órgano necesario (en la sociedad anónima no cabe prescindir del órgano de administración, y la junta nunca puede asumir sus funciones, ni siquiera provisionalmente, en caso de que falten los administradores) y permanente (a diferencia de la junta general que es un órgano de funcionamiento periódico). Pueden integrarlo tanto personas físicas como jurídicas (para el caso de la gerencia).

El órgano de administración, que puede ser un órgano individual (administrador único), o un órgano colectivo (consejo de administración), y un órgano de control, la junta directiva.³³

Atribuciones de los administradores deben desempeñar su cargo con *diligencia*, asistir a las reuniones del consejo, velar por la observancia de la ley y de los estatutos, ejecutar los acuerdos de las juntas generales, ser *leales* y exactos en todas cuentas que rindan.³⁴ tienen entre otros deberes, velar porque se lleven con regularidad los libros de comercio, especialmente los obligatorios para las sociedades anónimas, no deben tomar parte en aquellas deliberaciones en que su interés propio está en pugna con el de la sociedad, los administradores deben hacer con sinceridad y con claridad el balance del ejercicio anual, cuando el capital social ha disminuido un tercio deben informar a los socios para que deliberen sobre el destino de la sociedad, tales como la liquidación, restructuración, etc.

³³ GALGANO, Francesco, *Derecho Comercial, Las Sociedades*, cit., p. 357.

³⁴ VIVANTE, César, *Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Madrid, 2002, p. 133.

Vivante³⁵ señala que mientras los administradores permanecen dentro de los límites que les asignan la ley o los estatutos y desempeñan su oficio con diligencia, no son responsables de las obligaciones contraídas por cuenta y nombre de la sociedad; pero cuando faltan a la ley, a los estatutos y a los acuerdos responden no solo con la fianza sino solidariamente de los daños que resulten a los socios y a terceros.

Particular referencia nos permitimos hacer en las sociedades anónimas abiertas, ya que donde influye y tienen más relevancia los administradores es en éste tipo de sociedad anónima, pues ésta sociedad se caracteriza por tener un accionariado muy disperso por consiguiente ellos no se encuentran involucrados con el giro del negocio, lo más importante para ellos es la ganancia que pueda generar su inversión, es ahí donde los administradores encuentran su amplio poder de decisión y gestión sobre la sociedad.

Diferente, a lo que ocurre en las sociedades anónimas cerradas, pues éstas por ser sociedades de un pequeño grupo de accionistas los intereses suelen fusionarse e integrarse hacia un solo objetivo, por ello generalmente en este tipo de empresas los accionistas se encuentran bastante involucrados con la gestión y progreso del negocio

De este modo, concluimos esta primera parte de la investigación señalando lo siguiente entre la Junta General de Accionistas y los administradores se establece una verdadera división de poderes, tal como manifiesta Galgano³⁶, análoga a la que existe en la estructura del Estado, entre el parlamento y gobierno; una vez nombrado y mientras no hayan sido reemplazados los administradores ejercen con plena autonomía sus funciones de conducción de la empresa social; y esto del mismo modo con el que el gobierno una vez recibido el voto de confianza del parlamento y hasta cuando no le haya sido retirado, determina con plena autonomía la política nacional.

³⁵ Ibídem, pp. 137- 138.

³⁶ GALGANO, Francesco, *Derecho Comercial, Las Sociedades*, cit., pp. 331- 332.

Dicho fenómeno no aparece cuando se trata de sociedades anónimas con pequeños grupos de accionistas (sea cual sea su magnitud económica) en sociedades familiares, en sociedades con altos porcentajes de accionariado en manos de grupos homogéneos o dominantes, en grupos de empresas, en sociedades imbricadas y en cualquier forma en la que hay una participación directa y personal de los accionistas en el directorio o consejo de administración de la sociedad³⁷

Es preciso señalar en éste capítulo que países como Italia han concebido la idea de un Consejo de Vigilancia, el cual está conformado por los síndicos que se encargan de vigilar de continuo la gestión de los administradores, tal como señala Vivante³⁸ el consejo de vigilancia es como una especie de magistratura permanente que se encarga de hacer observar la ley, los estatutos y los acuerdos de las juntas generales, pero no forman parte de la administración, no representan a la sociedad en sus relaciones con terceros.

4.3.EL DIRECTORIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO PERUANO

Sin perjuicio de extender ampliamente sobre las reglas que rigen sobre el directorio en el siguiente capítulo, anticipamos que el directorio, es el órgano de administración que mayor influencia tiene en la administración de la sociedad, es el órgano colegiado que se encarga de la gestión y administración de la sociedad anónima, En el caso de las sociedades anónimas ordinarias y las sociedades anónimas abiertas, son parte de la administración tanto el directorio como la gerencia (artículo 152° de la LGS); sin embargo, la gerencia se encuentra bajo las decisiones del directorio, es la parte complementaria del directorio, ejecuta las decisiones tanto del directorio como de la junta general de accionistas.

³⁷ ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano*, cit., p. 246.

³⁸ VIVANTE, César, *Derecho Mercantil*, cit., pp. 140- 141.

Ahora bien, para el caso de las sociedades anónimas cerradas, el nombramiento del directorio es facultativo, y es el gerente general quien cumple sus funciones tal como prescribe el artículo 247° de la LGS.

En el presente trabajo, enfocamos la investigación solamente al directorio por ser el órgano encargado de la gestión y representación de la sociedad; por sus facultades amplias que les han sido otorgadas, las facultades del gerente son taxativas, y se encuentran descritas en el artículo 188° de la LGS.

4.4. LA GERENCIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO PERUANO

La gerencia se encarga de realizar actos de ejecución y gestión cotidiana de la sociedad conforme a su objeto social, en ese sentido la gerencia debe de velar por la correcta conducción de los negocios. El gerente general o demás gerentes son elegidos por directorio, salvo que el estatuto social reserve dicha potestad a la Junta General de Accionistas.

4.4.1. FACULTADES DEL GERENTE

Según la Resolución N° 021-2002-ORLC/TR, 18 de Enero de 2002, el gerente general no sólo realiza actos de administración “En lo que se refiere a la gerencia, el artículo 188° de la Ley General de Sociedades señala que es atribución del gerente general celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social; vale decir, la Ley General de Sociedades no señala que el gerente sólo podrá celebrar actos de administración, por lo que podrá celebrar también actos de disposición, siempre que se trate de actos ordinarios correspondientes al objeto social”.

Según nuestro sistema societario, toda sociedad anónima debe tener al menos un gerente y sus las facultades que se les confieren deben de constar en el estatuto social o algún acto posterior, caso contrario el artículo 188° de la Ley General de Sociedades le atribuye diversas facultades y entre ellas está el realizar todos los actos de ejecución y contratos ordinarios – actos de

administración y actos de disposición – concordantes con el objeto social, es decir el gerente procurará que la sociedad desarrolle con mayor amplitud y eficiencia su objeto social, ello implica que no podrá excederse de lo dispuesto por el objeto social.

4.4.2. REPRESENTACIÓN PROCESAL

Asimismo, la representación procesal es ejercida por ellos, el artículo 14º de la Ley General de Sociedades establece que el gerente general goza de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código Procesal Civil, lo que concuerda con lo dispuesto en los artículos 185º y 188 inciso 2 de la misma ley, donde señala que, salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general de accionistas o del directorio, se presume que el gerente general goza de la facultad de representar a la sociedad con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil³⁹

Conforme a lo señalado anteriormente otra atribución que tiene el gerente general –si no existe acto que verse lo contrario – es el de representación procesal, que son las facultades generales y especiales reguladas por el Código Procesal Civil. En ese sentido, el gerente general se encuentra investido de suficiente poder de representación en caso inicien a favor o en contra de la sociedad procesos judiciales.

Al igual que los directores, por el principio de libre revocabilidad, los gerentes también pueden ser removidos en cualquier momento por el directorio o la junta general sin importar de donde emanó su nombramiento, cualquiera de los dos órganos puede remover al gerente sin mediar motivo, aplicándose en ello el principio de la libre revocabilidad de los administradores. Tal como se inscribió el nombramiento del gerente – en virtud del artículo 2025º del Código Civil – la remoción por ser un acto modificatorio también debe de inscribirse en Registros

³⁹ Casación N° 1008-2006, Lambayeque, *El Peruano*, 2 julio de 2007.

Públicos con ello se evita perjudicar a terceros; sin embargo, como hemos señalado su inscripción no es constitutiva sino declarativa.

Es preciso señalar que La Ley General de Sociedades no restringe la posibilidad de que el gerente general sea únicamente una persona natural- como si lo hace para el caso de los directores- también puede recibir el cargo una persona jurídica pero la persona jurídica nombrada debe inmediatamente señalar a una persona natural que desempeñará el cargo en su nombre. Dicho gerente general –representante de la persona jurídica– estará sujeta a las responsabilidades propias del gerente general y no podrá evadir las responsabilidades arguyendo que tan solo actúa en representación de la persona jurídica. Asimismo, debemos de entender que el cargo de gerente es personalísimo pues la ley señala que los cargos de gerente no se pueden delegar, salvo los estatutos – de manera expresa – autoricen a ello.

“[...] El cargo de gerente puede recaer en una persona jurídica, siendo necesario que ésta nombre inmediatamente a una persona natural que la represente al efecto, la que estará sujeta a las responsabilidades que señala Ley General de Sociedades en los artículos 181º, 182º y 186º, sin perjuicio de las que correspondan a los directores y gerentes de la entidad gerente y a ésta. Que, asimismo el artículo 180º concordado con el artículo 155º de la Ley General de Sociedades, establece que el gerente debe ejercer el cargo en forma personal, a no ser que el estatuto autorice expresamente a delegar sus atribuciones en una tercera, sin perjuicio de las responsabilidades inherentes al cargo”⁴⁰

Además, un gerente – como parte de la administración de la sociedad- puede generar daños respecto a la sociedad, a los accionistas y terceros, en ese orden de ideas los hechos que ocasionan daños a la sociedad son los que incumben directamente con la labor administrativa del gerente: la inexistencia de un sistema de contabilidad – como un ordenado comerciante –, la falta de veracidad en las informaciones, el ocultamiento de irregularidades en la

⁴⁰ Resolución N° 132-95-ORLC/TR, Lima, 15 de diciembre de 1995.

empresa y el no pago de utilidades conforme lo establecido por ley. Tales actos –en la eventualidad de su certeza – constituyen hechos dañosos a la sociedad y no directamente al accionista o a un tercero.

CAPITULO TERCERO

EL DIRECTORIO COMO ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Como hemos explicado en el capítulo precedente la sociedad anónima por ser una ficción jurídica creada para la realización de actividades económicas requiere de órganos que ayuden a la realización de las mismas, y uno de ellos es el órgano administrativo que es aquel que ejecuta los acuerdos de la junta general, conduce, gestiona y representa a la sociedad.

Y ello se debe principalmente, a la separación entre la propiedad de las acciones y el manejo de la sociedad, separación que se manifiesta como una de sus más importantes ventajas que han logrado las sociedades anónimas, en un universo económico cada día más técnico, global y competitivo, que hace indispensable que los accionistas entreguen la administración a personas capacitadas y eficientes; guardando para ellos, la facultad de fiscalizarlos, nombrarlos y removerlos. En otras palabras, los accionistas pueden exigirles aquello que demuestran, más que ninguna otra cosa, la buena labor de los administradores: resultados razonables para su inversión.

En nuestro ordenamiento jurídico quien cumple dicha función de administración de una sociedad anónima según el artículo 152° de la Ley General de Sociedades, “La administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes, salvo lo dispuesto en el artículo 247°”.

Como vemos la administración está a cargo tanto del directorio como de los gerentes nombrados, salvo lo dispuesto por el artículo 247° de la LGS, que regula en los casos que sea una sociedad anónima cerrada la presencia del directorio es facultativo, pero quien asume las funciones del directorio es el gerente, por ello en nuestra investigación, vamos a centrarnos en el Directorio, por ser el órgano por excelencia que se encarga de la administración de la

sociedad, pues los gerentes se encargan de ejecutar los acuerdos del directorio y la Junta General de Accionista.

5. NATURALEZA JURÍDICA DEL DIRECTORIO

El nombre de Directorio se encuentra influenciado por derecho anglosajón, pero en sentido estricto, en cuanto a su estructura y funcionamiento, se debe a países como Francia, Italia y España donde lo denominan Consejo de Administración.⁴¹

La naturaleza del director general y el gerente general, en sistemas como el alemán en que se distingue del consejo de administración y del consejo de dirección (párrafo 90 de la ley sobre sociedades de 30 enero 1937); donde el primero se encarga de la vigilancia y el segundo de la representación; el presidente del consejo puede admitir que se le atribuya junto con el órgano de administración, el carácter de órgano social. Igualmente puede admitirse que el director general, que es el que guía y dirige a la sociedad anónima según la nueva ley francesa, sea también un órgano, en cuanto le corresponde una determinada competencia y cierta posición de superioridad jerárquica. En otros sistemas como el italiano, se reconoce al director general una representación más amplia y responsabilidad frente a la sociedad, los socios o terceros, en este caso no necesariamente se le atribuye una representación orgánica sino que es un empleado subordinado del consejo.⁴²

En nuestro sistema jurídico peruano, la regulación es distinta la administración se encargan tanto el directorio como la gerencia, compuesto el primero por directores y el segundo por el gerente. Es así que, cuando hablamos de consejo de administración nos estamos refiriendo al directorio peruano.

⁴¹ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, "El Directorio de las Sociedades Anónimas", en *Tratado de Derecho Mercantil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 273- 274.

⁴² BARRERA GRAF, Jorge, *La representación voluntaria en derecho privado- Representación de sociedades*, cit., pp. 175- 176.

Broseta⁴³ señala que en España, el consejo de administración es la forma de organizar la administración, probablemente, la más frecuente en la sociedad anónima (especialmente en las de tamaño mediano y grande), y se da siempre que la administración se confíe conjuntamente a más de dos personas, de modo que ninguna de ellas, *per se* o separadamente, ostente poderes o facultades de gestión, funciones que solo son asumidas colegiadamente por todos los miembros del órgano debidamente constituido y actuando en régimen de mayorías. La Ley española no prevé un número máximo de miembros del consejo.

El Consejo de Administración, es un órgano colegiado que ha de actuar mediante acuerdos, y al que se le confiere la facultad de administrar y representar a la sociedad, la misma que funciona mediante acuerdos que tienen que ser emitidos conforme a Ley.⁴⁴

Al hacer un símil en el sistema jurídico peruano, vemos que el directorio, al igual que el consejo de administración, es un órgano colegiado, es decir que la representatividad y la eficacia de las decisiones la toman todos los miembros del órgano colegiado, por tanto no tendrán eficacia las decisiones a título personal.

El nombramiento los primeros administradores cualquiera sea su forma de organización interna, pueden ser designados en el momento constitutivo, bien por acuerdo entre todos los fundadores, bien por la junta constituyente cuando se siga el procedimiento de fundación sucesiva. Los nombramientos que se produzcan en un momento posterior de la vida social se realizarán en el seno de la junta general.

En ese sentido la Ley General de Sociedades, regula en su "Artículo 5.- (...) En la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores,

⁴³ BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, cit., pp. 405- 407.

⁴⁴ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, cit., pp. 250- 251.

de acuerdo con las características de cada forma societaria". Así como en su "Artículo 54.- El pacto social contiene obligatoriamente: (...) 5. El nombramiento y los datos de identificación de los primeros administradores.

6. ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DE DIRECTORIO

6.1.PRINCIPIO DE LIBRE REVOCABILIDAD

La elección de los miembros del directorio se rige por el *principio de libre revocabilidad* de los administradores, el cual refiere que la Junta General de Accionistas puede en cualquier momento revocar el cargo de director. Dicha remoción puede ser decidida sin expresión de causa que la motive, por ello se señala que es un caso de remoción *ad nutum*.

Según nuestra Ley General de Sociedades, el número de los miembros que conforman el directorio debe ser como mínimo tres personas, ello se debe a que los acuerdos que adopta el directorio se hace por medio de la mayoría absoluta, por eso la Ley General de Sociedades señala que, el estatuto puede señalar el mínimo y máximo de miembros de un directorio, pero nunca podrá ser menos de tres miembros.

Asimismo la Ley General de Sociedades, regula la posibilidad que la Junta General de Accionistas nombre miembros suplentes o alternos, a fin de llenar el vacío que deje la ausencia o inhabilitación temporal o definitiva de los integrantes titulares, ello claro está que la Junta General de Accionistas debe definir la forma, el orden y modo de llevarse a cabo la sustitución.

En cuanto a la vacancia de los directores, se debe a los siguientes motivos 1) fallecimiento, ya que la muerte al poner fin a la persona pone fin a los cargos *intuito personae* que asumía; 2) renuncia, ello deviene como contrapartida de la remoción del cargo, el director puede en cualquier momento renunciar al cargo haciendo la respectiva comunicación a la sociedad; 3) remoción, como potestad

única de la junta general de accionistas; 4) los impedimentos que señale la ley o el estatuto.

En el caso de renuncia, como acto unilateral requiere de la inscripción tal como señala la siguiente Casación N° 2477-2004-La Libertad, Lima 14 de setiembre del 2005⁴⁵, la empresa CENTRO GAS CAR S.A. interpone un recurso de casación, sustentándose en la mala interpretación que la Sala realizó del art. 15 y 157 de la LGS, argumentando que si bien la renuncia de un miembro del directorio es un acto unilateral, se requiere su inscripción en Registros Públicos para que surta efectos.

En caso de la renuncia, no se advierte del artículo 15° de la Ley General de Sociedades que la inscripción de la renuncia de un Director sea constitutiva de su separación y es por esa razón que al *ad quo* concluye que la inscripción de la renuncia de un cargo societario en el registro respectivo no es un requisito de validez y eficacia del acto de renuncia, sino que dicho registro tiene como única finalidad publicitar el mismo acto de renuncia frente a terceros y de este modo el renunciante salve responsabilidad personal por los actos que puedan realizar con posterioridad al haberse producido su alejamiento.

Nos adherimos a dicha posición, ya que la inscripción de la renuncia al igual que la remoción los directores, no es constitutivo, es decir para que surtan sus efectos no es necesaria la inscripción en Registros Públicos; sin embargo por sus efectos publicitarios debe ser inscrita con la finalidad de liberarse de cualquier responsabilidad posterior a la renuncia o remoción. Además, al amparo del principio de fe registral, con el objeto de oponer su derecho a todos lo cual obedece principalmente a la necesidad de prestar garantías suficientes a terceras personas en la celebración de actos jurídicos con administradores de la sociedad.

⁴⁵ Casación N° 2477-2004-La Libertad, emitido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, publicado en *El Peruano* 30/03/2006.

6.2. REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

Aunque la Junta General es la facultada, en principio, para nombrar a los administradores, la ley contempla dos supuestos especiales que se apartan en buena medida de la regla general. Se trata del nombramiento con arreglo al *sistema de representación proporcional* y el nombramiento por *cooptación*.

6.3. LA CLAUSULA DE COOPTACIÓN

La Cooptation⁴⁶ es una clausula usual en los estatutos que confiere al consejo de administración el derecho, en caso de vacante, de designar al administrador que la ocupara. Esta designación será provisional y la primera asamblea general debe ratificar el nombramiento. (...) el valor jurídico de la “cooptation” es dudoso: la asamblea general no puede delegar en el consejo los poderes que le son propios, como son los de elegir los administradores. Sin embargo la practica ha admitido la validez de la clausula, lo cual tiene el inconveniente de permitir una elección que de hecho se impondrá ulteriormente a la asamblea.

Nuestro ordenamiento se pone en el supuesto en el que el estatuto no haya establecido un mecanismo de recomposición del directorio, en dicho supuesto el directorio puede elegir un reemplazo del director cesado en el cargo; por la trascendencia que tiene el directorio en la sociedad anónima es que nuestro ordenamiento ha adoptado el principio de cooptación, el cual permite la continuidad del órgano de administración como es el directorio.

Por ello, el director es elegido por voto mayoritario de los directores titulares e ingresa al directorio como miembro, por el tiempo que resta por cumplir el cargo de los directores titulares.

⁴⁶ RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial- Sociedades*, Tomo II, traducción De Solá Cañizares, Felipe, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1954, p. 371.

6.4. VACANCIAS MÚLTIPLES Y LA ADMINISTRACIÓN PROVISIONAL

Ahora en caso de vacancias múltiples, y que dichas vacancias sea tal que no pueda reunirse válidamente el directorio; en ese supuesto y debido a que no se puede paralizar las funciones del directorio y por ende el objeto social de la sociedad, los directores que quedan en el cargo asumen la administración provisional y deben convocar a Junta General, a fin de que se elija un nuevo directorio, sin embargo su actuación alcanza solamente a actos indispensables, si el directorio no cumple con hacer la convocatoria debe de convocar a junta general el gerente general sino cumple con dicha función, cualquier accionista puede solicitar al juez que ordene la convocatoria.

En relación a los alcances de la administración provisional por los directores hábiles, Hundskopf⁴⁷ señala que la decisión casatoria⁴⁸, en su quinto considerando hace una correcta interpretación del artículo 158° de la LGS cuando señala que la asunción de la administración provisional no se otorga por tiempo indefinido o indeterminado y que, por el contrario, obliga de inmediato a los directores hábiles a convocar a junta general con el exclusivo propósito de recomponer el directorio y no para otra finalidad.

En ese sentido, para el citado profesor, la administración provisional, tiene una interpretación restrictiva, a tal efecto los directores hábiles sólo están legitimados para convocar a junta de accionistas con el propósito de la recomposición del directorio más no para otro tipo de decisiones relacionadas con la gestión de la sociedad.

Consideramos, ello incorrecto porque los directores deben actuar conforme a la circunstancia o a la actividad empresarial así lo requiera, claro está que ello no

⁴⁷ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Derecho Comercial– Temas societarios*, Tomo VII, Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima, 2007, pp. 314- 315.

⁴⁸ Casación N° 3784-2001- Lima, de fecha 08 de mayo de 2002, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Comentado por: HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Derecho Comercial – Temas Societarios*, Tomo VII, Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima, 2007, pp. 314- 315.

implica que abusen de tal atribución al convertir su nombramiento de provisional en permanente.

7. CARACTERISTICAS DEL CARGO

7.1. CARÁCTER INTUITO PERSONAE

El cargo del director es personal, no puede ceder sus funciones a otra persona ya que es una obligación *intuitu personae*, pues el director ha sido elegido para ejercer dicha función por sus características personales y profesionales, otra persona no puede subsumirse en su función.

Sin embargo, el director tiene la facultad de otorgar un poder de representación a un tercero, pero ello debe de ser temporalmente, expreso y especial pues no debe abarcar la representación principal y fundamental, ni funciones principales que tiene el director.

En relación al carácter *intuitu personae* que tiene la obligación del director y la relación con sus herederos, la Casación N° 4124-2006-Ica⁴⁹ de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia señala que, es pertinente señalar que el carácter personal del ejercicio del cargo no puede confundirse con la obligación que asumen los funcionarios de una sociedad, por mandato de la ley, de reparar los daños que hubieran ocasionado como consecuencia de dicho ejercicio. El desempeño personal del cargo a que se refiere el artículo 159º de la Ley 26887 únicamente determina que el mismo no podrá ser ejercido por persona distinta de la designada, salvo que el estatuto autorice la representación; pero en autos no se demanda a la Sucesión de Jorge Alejandro

⁴⁹ Se demanda el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por Jorge Alejandro Panizo Mariátegui en el ejercicio de sus funciones como Presidente de Directorio y Gerente General de la Compañía Embotelladora Ica S.A., para ello cabe determinar en el proceso si dicha pretensión indemnizatoria, de carácter patrimonial, puede o no ser imputada a la sucesión del citado causante; asimismo, es pertinente señalar que el carácter personal del ejercicio del cargo no puede confundirse con la obligación que asumen los funcionarios de una sociedad, por mandato de la ley, de reparar los daños que hubieran ocasionado como consecuencia de dicho ejercicio

Panizo Mariátegui para que desempeñe el cargo encomendado a su causante o asuma sus funciones, sino para que repare *económicamente* los daños presuntamente ocasionados por su causante, daños cuya comisión deberá determinarse al momento de resolver el fondo de la cuestión controvertida; Que, por ello no puede afirmarse que la reparación o resarcimiento económico de un daño causado sea personalísimo y que, por tal circunstancia, se trate de una obligación que no puede ser transmitida por herencia a los integrantes de la Sucesión de Jorge Alejandro Panizo Mariátegui, toda vez que ésta es capaz de responder económicamente por las obligaciones que pudieran ser imputables a su causante por imperio de la ley, en caso que la misma se llegara a acreditar en autos, pues la reparación del daño no constituye una obligación que exclusivamente debiera ser satisfecha por el citado causante.

7.2.NO SE REQUIERE SER ACCIONISTA

La Ley General de Sociedades para ser director no se requiere ser accionista, pues la ley adoptando una perspectiva moderna ha optado porque el control de la sociedad no se vea influenciado por la titularidad del capital invertido, pero esta disposición puede ser contraria si así el estatuto lo establece.

Ratificando la calidad de *intuito personae* que tiene el cargo de directorio, es que la LGS ha determinado que el cargo de directorio sólo lo puede ejercer persona natural, rechazando la posibilidad de que una persona jurídica sea quien ejerza el cargo.

7.3.DILIGENCIA DE UN ORDENADO COMERCIANTE

Los administradores han de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal (art. 127 Ley de Sociedades Anónimas española). Esta referencia al <empresario> quiere expresar que la diligencia que debe desplegar el administrador, en lugar de referirse al <buen padre de familia> (como modelo de diligencia empleado para el mandatario por el artículo 1719º del Código Civil español), debe tener un carácter profesional,

en el sentido de hacer referencia a una persona que conoce la labor que la administración de la sociedad implica. Además ha de desempeñar el cargo con la diligencia de un “ordenado empresario”, ya que el administrador debe tener un grado de dedicación y de atención a su labor – de <orden> respecto a ella – para poder llevar adelante la administración del negocio.⁵⁰

8. EJERCICIO DEL CARGO

Básicamente los directores tienen una obligación de hacer, pero esa obligación la debe de desempeñar con la diligencia de un ordenado comerciante y representante leal, si bien es cierto el patrón de conducta a observar es abstracta y general, y no genera ninguna sanción en caso de incumplimiento, los directores no pueden pasar por alto dicha premisa, ya que es el margen sobre el cual deben actuar a fin de llevar a cabo el objeto social de la sociedad.

Además el artículo 171° de la LGS, establece una obligación más que los directores deben de guardar reserva respecto de los negocios o información privilegiada que por ejercicio de su cargo sea encomendada a ellos, incluso deben observar ésta disposición una vez que han culminado con su cargo, ello a fin de salvaguardar los intereses de la sociedad.

Estas reglas de conducta se deben de leer conjuntamente con los supuestos de responsabilidad (artículo 177° de la Ley General de Sociedades), vemos que, adelantando un poco a nuestro análisis central, tal como se encuentra regulado el sistema de responsabilidad civil en el ámbito societario esa reglas de conducta son meramente normas sin aplicación práctica, ya que usualmente es imposible superar la valla de la negligencia grave.

Atención especial merecen los *nominee directors* y los *multiple directors*, este tipo de distinción de directores se produce en el *common law*, y tienen los mismo deberes que los directores ordinarios (deber de lealtad y diligencia) pero

⁵⁰ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, cit., p. 241.

además deben de actuar en el mejor interés de la sociedad y no de la persona que los nombra o por, más adelante en el capítulo cuarto explicaremos los deberes que ellos por la naturaleza del cargo tienen.

9. IMPEDIMENTOS PARA EL EJERCICIO DEL CARGO

Según la Ley General de Sociedades, los llamados a ejercer el cargo son personas naturales a diferencia de España que acepta la asunción del cargo pueda ser realizado por otra persona jurídica, en nuestro sistema jurídico las personas jurídicas pueden asumir el cargo de la gerencia, pero no del directorio porque su función es esencialmente personal.

Como toda función, que va ser realizada por personas naturales requiere que se establezcan requisitos o impedimentos de asunción del cargo, para el ordenamiento peruano los supuestos en los cuales no puede asumir el cargo, son los siguientes:

- Los incapaces, este impedimento se encuentra acorde con el código civil peruano, por ello para ejercer el cargo se tiene que ser persona capaz.
- Los quebrados, ello es armónico con la función que va realizar pues una persona natural declarada en quiebra quiere decir que no administró correctamente los bienes que posee, por ende no se desenvolvería como un diligente comerciante ante la sociedad
- Los que por razón de su cargo o funciones estén impedidos de ejercer el comercio, ello se encuentra regulado en distintas normas ya que son normas especiales que regulan que determinadas personas como congresistas, jueces no pueden desempeñarse como directores

- Los funcionarios y servidores públicos⁵¹, que presten servicios en entidades públicas cuyas funciones estuvieran directamente vinculadas al sector económico en que la sociedad se desarrolla su actividad empresarial, salvo que representen la participación del estado en dichas sociedades; dicho impedimento se da en razón de que las personas que laboran para algún sector del estado pueden sacar ventaja y desarrollarse una competencia desleal con los privados que desarrollen la misma actividad, salvo que los funcionarios públicos sean directores de las sociedades en las que el Estado tenga participación.

Es preciso señalar, en el presente numeral que la Ley N° 27588, *ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual*, señala su artículo 2°, siendo coherente con la legislación societaria, que las personas, tales como directores, titulares, altos funcionarios, miembros de consejos consultivos, los directores de empresas del Estado, entre otros, respecto de las empresas o instituciones privadas comprendidas en el ámbito específico de su función pública, dentro de unos de los impedimentos (inciso c, del artículo 2° de la Ley en mención) señala el formar parte del Directorio

- Los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes o estén sujetos a acción social de responsabilidad iniciada por la sociedad y los que estén impedidos por mandato de una medida cautelar dictada por la autoridad judicial o arbitral, ello se refiere que entre el director que va administrar la sociedad no debe de tener conflictos de intereses con la sociedad es decir no que tenga ningún tipo de contraposición que puedan perjudicar los intereses de la sociedad.
- Los que sean directores, administradores, representantes legales o apoderados de sociedad o socios de sociedades de personas que

⁵¹ Numeral modificado por la Ley N° 26931, Ley que modifica el artículo 161° de la Ley General de Sociedades.

tuvieran en forma permanente intereses opuestos a los de la sociedad o que personalmente tengan con ella oposición permanente, dicha disposición alude cuando los directores asumen el mismo cargo en sociedad que resultan ser competencia u otro tipo de interés opuesto.

Esos impedimentos pueden ser de origen, es decir no puede ser elegido el director por esos motivos y tampoco puede aceptar si en caso tenga alguno de esos impedimentos; también los impedimentos pueden ser sobrevinientes, a ello se refiere que en el devenir de sus funciones se produzca algún supuesto de los impedimentos entonces inmediatamente debe ser removido o renunciar a su cargo, sin perjuicio del pago que debe de hacer en caso genere algún daño que pudo haber causado.

En conclusión, en cuanto a la capacidad de las personas físicas, sólo podrán desempeñar el cargo de administrador quienes por si mismos posean capacidad para ejercer el comercio, no pudiendo serlo, por tanto, los menores de edad ni los mayores incapacitados. Ahora bien, no todo mayor de edad no incapacitado puede ser administrador de una sociedad anónima. En concreto, no pueden serlo los quebrados y concursados no rehabilitados, los condenados a penas que lleve aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, los que hubieran sido condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Tampoco podrán ser administradores de las sociedades funcionarios al servicio de la administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la sociedad que se trate.

10. PRESIDENTE DEL DIRECTORIO

Como todo órgano colegiado debe tener una representación general, que tenga la obligación de convocar a las reuniones de directorio, entre otras obligaciones; por ello la Ley General de Sociedades ha establecido que se debe designar en la primera sesión del directorio entre sus miembros al presidente de dicho directorio.

Cabanellas⁵², jurista argentino, señala que en la doctrina se encuentra la calificación de “suborganos”, aplicada respecto de alguna de estas figuras. Así, Suarez Anzorena y otros califican como “suborganos” al presidente de la sociedad anónima y al comité ejecutivo.

Dentro de los suborganos se ha incluido al presidente de la sociedad anónima. (...). En realidad, el directorio en cuanto tal no tiene atribuciones de representación, las que si tiene el presidente del directorio, por regla general. El presidente tiene así una relación con la sociedad que encuadra plenamente dentro de la figura del órgano.

Consideramos incorrecta la clasificación de suborganos, que intenta dar el autor ya que el presidente del directorio, es aquel que organiza y representa al directorio como tal, las acciones son en función a las decisiones que generan en una reunión de directorio los directores, ello no implica que sea el representante de la sociedad ni mucho menos que sea un suborgano de la sociedad, como tal sólo existe en función del directorio.

Igualmente, Villarrubia⁵³ sin hacer la distinción de suborganos, señala que quien asume la representación de la sociedad es el presidente del directorio, lo cual consideramos incorrecta porque el presidente del directorio es representante del directorio más no de la sociedad.

11. RETRIBUCIÓN ECONÓMICA POR EL CARGO DE DIRECTOR

El cargo de director debe tener una retribución económica, la misma que puede consistir en un pago mensual, en dietas por asistencia o cualquier otra modalidad; pues la labor que ellos desarrollan debe ser completamente profesional, asumen grandes responsabilidades y obligaciones como tal

⁵² CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario– Parte General- Los órganos societarios*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 227.

⁵³ VILLARRUBIA MARCOS, *Guía de estudio programa desarrollado de la materia de sociedades*, editorial estudio, 3era ed., Buenos Aires, 2007. pp. 228-229.

merecen, de parte de la sociedad, una retribución económica acorde con sus funciones.

Además la Ley General de Sociedades establece la participación en las utilidades con ello se da abierta posibilidad de que la sociedad determine la participación en la utilidades ya que son los directores los que con su habilidad profesional y sus buenas decisiones han logrado conseguir utilidades para la sociedad, por ello la LGS da la posibilidad de que la sociedad, en caso así lo decida, pueda recompensar la buena labor del director.

La remuneración de los integrantes de los órganos de administración solo puede ser debidamente apreciada, partiendo de la base de la relación existente entre la sociedad y tales integrantes, Más aun si estos servicios son prestados en la relación de dependencia propia de las vinculaciones laborales, existirá un contrato de trabajo, con la incidencia que ello tiene sobre la aplicabilidad de la legislación laboral.⁵⁴

12. REUNIÓN DE LOS DIRECTORES

Los directores se deben de reunir periódicamente, cuando sea conveniente para el interés social de la sociedad, cuando así lo considere la Ley o el Estatuto, o cuando lo solicite cualquier director o el gerente general, el presidente del directorio debe de hacer la convocatoria respectiva en esos casos sino lo hace la convocatoria podrá ser realizada por cualquier director.

En dicha convocatoria debe expresar sin lugar a dudas el lugar, la hora, el día y la agenda a desarrollarse, la misma por estar relacionado a una reunión de gestión no es necesario que sea específico sino que en los “demás temas de interés para la sociedad” puede incluirse cualquier supuesto.

⁵⁴ Ibídem, pp. 326- 327.

La LGS reconoce la posibilidad de reunirse sin necesidad de convocatoria si se deja constancia expresa que en dicha sesión se encontraban todos los miembros del directorio, además se acuerde por unanimidad la celebración de la sesión así como los asuntos a tratar.

La LGS ha señalado que para el quórum de la asistencia de los miembros del directorio se requiere la mitad más uno de sus miembros, ya que para las reuniones se requiere que asista un número mínimo determinado de personas. Además el estatuto puede establecer un quórum más elevado para las clases de acuerdos que consideren pertinentes, pero está prohibido adoptar la totalidad de los miembros ya que ello entorpecería a la fluidez de su función.

Como bien sabemos el directorio como órgano colegiado necesariamente tiene que adoptar decisiones luego de que cada director emite su posición respecto de un determinado tema, por mayoría se decide la voluntad del órgano colegiado la cuenta del voto es *per cápita* (por cabeza) distinto a lo que pasa en la forma de votación de las juntas generales que se contabiliza por posesión de acciones.

En relación al voto dirimente la LGS regula en caso de empate de votaciones quien tiene el voto dirimente es el presidente del directorio o quien presida la sesión.

Asimismo, se da la posibilidad que los directores adopten ciertas decisiones por otro medio que no sea la manera presencial, sólo debe de existir la comunicación explícita y se garantice la veracidad de los acuerdos.

Ahora en relación a las deliberaciones y acuerdos deben de constar por escritos y de forma correlativa en un libro, hojas sueltas o en otra forma que permita la ley, ese medio escrito se llaman actas que son el medio de prueba de la celebración de la sesión y de los acuerdos a los que han arribado, dichas actas deben ser firmadas por el presidente y el secretario, las actas son los medios probatorios y sirve para verificar responsabilidad de cada director.

13. FACULTADES DEL DIRECTORIO

El directorio como órgano de administración, la Ley le atribuye con toda nitidez dos esferas de actuación: la administración o gestión y la representación de la sociedad en juicio y fuera de él, en cuanto a la primera, comprende todo cuanto afecte a la vida interna de la empresa (ej. ordenar y dirigir la producción) y de la sociedad (por ejemplo, elaborar las cuentas y convocar las juntas) y sea necesario o conveniente para la realización del objeto social, siempre que no esté adjudicada a la junta general.⁵⁵

En cuanto a la segunda esfera se refiere a la representación de la sociedad (es decir, la vinculación de la sociedad por declaraciones de voluntad de los administradores), De una parte, se plantea una cuestión de atribución del poder de representación (es decir quién vincula con su firma a la sociedad). A su vez, los estatutos no disponen la libertad absoluta, sino que existe una correspondencia entre la forma de organizar la administración y la atribución de la representación.

La representación societaria se limita *ex lege* por el objeto para el cual se constituyó la persona moral denominada sociedad. Las facultades y atribuciones de sus representantes están limitadas por la naturaleza y objeto o propósito que tuvieron en cuenta los socios, para constituir esa unión de esfuerzos para realizar el objeto social o finalidad perseguida por los socios, según su naturaleza y las características legales que dieron motivo a la constitución de la llamada persona moral.⁵⁶

La función básica del órgano de administración es el tomar decisiones relativas a las actividades de la producción de la sociedad que no supongan una modificación sustancial en la estructura de la organización económica que

⁵⁵ BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, cit., p. 408.

⁵⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Representación, Mandato y Poder", en *Revista de Derecho Privado, nueva época*, año I, N° 1, enero- abril, Instituto de Investigaciones jurídicas de UNAM, México, 2002, p. 19.

subyace a la sociedad. El órgano de administración tiene a su cargo también las funciones necesarias para la preservación y adecuación de la estructura jurídica de la sociedad y para el cumplimiento de las cargas jurídicas que pesan sobre tal sociedad, en la medida en que no correspondan a otros órganos de la sociedad.⁵⁷

Según fue también observado en el apartado precedentemente citado, es frecuente atribuir a los órganos de la administración funciones de representación. Ya se han planteado las críticas a esta posición. Las funciones de representación se rigen por reglas y efectos propios sustancialmente distintos a los específicos de la administración. (...). Por otra parte, si bien se tiende a haber cierta superposición en cuanto a la comprobación de los órganos de administración y de representación, esa superposición es solo parcial y posible. Así por ejemplo, en las sociedades anónimas la administración está a cargo del directorio, como órgano colegiado, mientras que la representación de la sociedad corresponde a su representante o presidente o a uno o más directores.⁵⁸

En realidad hay aquí una confusión entre actos de representación, como son los que se realizan conjuntamente frente a terceros, actos de administración propiamente dichos, como lo serán normalmente los relativos a la técnica de producción, que están constituidos por decisiones que operan en la esfera interna de la organización societaria⁵⁹.

No es adecuado lo señalado por Cabanellas, tal como lo hemos afirmado precedentemente, la facultad de representación y administración le corresponde en su conjunto al directorio, tal como prescribe ley societaria, que uno de ellos (el Presidente) sea quien organice y ejecute las decisiones no significa que tenga la facultad de representación de la sociedad y ello se debe principalmente porque la representación debe ser específica y precisa, si la ley

⁵⁷ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario- Parte General- Los órganos societarios*, cit., p. 205.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 205.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 206.

no le otorga facultades de representación, tampoco la sociedad no podemos deducir que porque es presidente del directorio será el representante de la sociedad.

Los directores tienen la facultad de gestión y representación legal para la administración de la sociedad, los cuales se circunscribe a lo que señala su objeto social, con excepción de los asuntos reservados por la Ley y el Estatuto a la Junta General de Accionistas.

Así como tiene deberes al ejercer sus facultad de gestión y representación legal, los directores tiene el derecho a ser informado todo lo relacionado al desarrollo de la sociedad, y quién tiene el deber de brindar dicha información es el gerente general, pues ello están obligados a ejecutar todos los acuerdos tanto de la junta general como de los directores.

14. COMPETENCIA DE LOS DIRECTORES

Corresponde a los administradores la gestión y la representación de la sociedad. La administración social viene entendida en general de una manera amplia, que comprende la realización de un conjunto de actos, de diversa naturaleza, tendentes a la consecución del objeto social. En este sentido resulta claro que se confiere a los administradores competencia sobre asuntos de una cierta complejidad, siendo el mismo concepto de administración una noción amplia e indeterminada⁶⁰

El órgano dedicado a la administración de la sociedad es necesario, precisamente por tener conferida la gestión y la representación de la sociedad. Su actuación es precisa, para la realización del objeto social (...). Pero al propio tiempo han de ocuparse de la organización de la sociedad, de su relación con los accionistas y del funcionamiento de los demás órganos de la sociedad⁶¹.

⁶⁰ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, cit., p. 237.

⁶¹ *Ibíd*em, p. 238.

Una vez elegidos los miembros del directorio, ya sea por un grupo de accionistas, tienen el deber de realizar sus funciones de acuerdo a los intereses de la sociedad y no en función de los intereses de los accionistas que los han elegido.

Sin embargo, en relación a los actos de disposición que posean los directores la Resolución N° 041-99-ORLV/TR, expedida por el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao del 15 de febrero de 1999, el referido órgano resolvió la apelación planteada por la empresa Valco S.A., confirmando la observación formulada por el registrador público a cargo de la calificación del título, en el sentido de ratificar que el directorio de las sociedades anónimas carece de competencia para adoptar acuerdos de administración extraordinaria que importen la variación de sus disposiciones estatutarias.

Dicha instancia señala que el Directorio está plenamente facultado para adoptar acuerdos referidos a actos de administración “ordinarios” (dentro del objeto social) y “extraordinarios”, salvo limitación estatutaria expresa o legal.

“Que del análisis del referido título se colige que el directorio podría adoptar acuerdos de disposición de los bienes de la sociedad, constituyendo un acto de administración “extraordinario” (al no estar comprendido dentro de su objeto social), sin embargo tales facultades no pueden desnaturalizarse adquiriendo el carácter “ordinario” – como si fueran parte del objeto social- dado que ello implicaría una modificación del Estatuto sin respetar las formalidades legales, teniendo en cuenta además que la facultad otorgada estatutariamente al Gerente está restringida solo a hipotecar los bienes de la sociedad “interviniendo conjuntamente” con otras personas (Director, Gerente, Subgerente o con un Apoderado)”.

Al respecto es preciso indicar que si bien el Directorio aparentemente en ejercicio de sus facultades, acordó conceder poderes a un tercero (gerente general) para el ejercicio individual de atribuciones previamente concedidas, en

el presente caso, al encontrarse éstas contenidas en el estatuto social, resulta inviable que tales facultades sean variadas por el referido órgano, al importar dicho acto, necesariamente, la modificación del estatuto social.

15. DELEGACION DE LAS FUNCIONES DE LOS DIRECTORES

El directorio puede nombrar a uno o varios directores para que, individualmente o en comité, ejecuten acuerdos o actos determinados y específicos. Sin embargo, el directorio no puede delegar las principales funciones que tiene a su cargo, ya que su obligación es *intuitu personae* no puede ceder su obligación principal a terceros.

Esta modalidad es muy usada, en nuestro medio empresarial pero los directores deben de cuidar y supervisar que las funciones otorgadas a terceros (otros directores) se limiten solo a las facultades atribuidas por el directorio, dichos actos deben ser debidamente informados al directorio. Por ello, la Ley General de Sociedades, excluye como actos delegables la rendición de cuentas y la presentación de estados financieros a la junta general, ni las facultades que la junta conceda al directorio, salvo autorización expresa de la Junta General.

Además, la Ley General de Sociedades hace la precisión que si la delegación tiene carácter permanente, debe contar con el voto aprobatorio de las dos terceras partes de los miembros del directorio e inscribirse en el Registro.

Ahora bien, no todas las facultades del consejo son delegables. Así, el consejo de administración no podrá delegar la obligación de rendir cuentas, o la presentación del balance a la Junta General, ni las facultades concedidas por la Junta al consejo, salvo que, este fuese expresamente autorizado por ella. A nuestro juicio, ello no implica que todas las demás facultades del consejo sean delegables. Así no creemos que sea delegable la facultad de cooptación, se discute si la competencia de convocar a junta general.

La representación orgánica⁶², propia de la delegación de facultades que se acaba de analizar, contrapone a la representación voluntaria típica del apoderamiento, que también admite Ley de Sociedades Anónimas española, al señalar que el consejo puede conferir apoderamientos a cualquier persona. A diferencia de la delegación de facultades, en esta segunda forma de representación su contenido y extensión, así como todo lo relativo al ámbito de lícita actuación del apoderado se somete a los estrictos términos del poder que se hubiera otorgado.

En ese sentido, señala la Resolución N° 240-2001-ORLC/TR, expedida por el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao del 12 de junio del 2001, se resolvió la apelación interpuesta por Macarena Morales Mailhe contra la observación formulada por la registradora pública encargada de la revisión del título, a la solicitud de ratificación y otorgamiento de poderes de Laive S.A. La registradora denegó la solicitud de inscripción por cuanto: Verificados los estatutos de la sociedad Laive, el directorio no cuenta con facultad expresa para realizar operaciones bancarias con títulos valores, constituir y levantar gravámenes sobre los bienes de la sociedad, disponer los bienes de la misma, por lo cual resulta improcedente que otorgue nuevas facultades al gerente general mediante reunión de directorio, toda vez que el referido directorio no cuenta con las facultades que pretende delegar.

Frente a ello, el Tribunal refirió que el directorio, en función al art. 179 de la ley societaria, puede acordar celebrar contratos con un director, que no versen sobre otras operaciones que normalmente realice la sociedad, así como conceder créditos o prestamos y otorgar garantías a favor de los directores; en consecuencia, con mayor razón podrá el director acordar la celebración de contratos con quienes no son directores que no versen sobre las operaciones que normalmente realice la sociedad, así como conceder créditos o prestamos y otorgar garantías a favor de quienes no son directores.

⁶² BROSETA PONT, Manuel/ MARTINEZ SANZ, Fernando, cit., p. 416.

Así, usualmente las sociedades precisan de financiamiento para el desarrollo de actividades, para lo cual, será necesario el otorgamiento de garantías; este último será por lo tanto uno de los actos relacionados con el objeto social que coadyuvara a la realización de los fines de la sociedad y que no requiere estar expresamente indicado en el objeto social; asimismo para adquirir un bien para la realización de los fines de la sociedad, en ocasiones será necesario enajenar otro bien social, acto que se entenderá incluido en el objeto social aunque no se encuentre expresamente indicado, puesto que coadyuvara a la realización de sus fines.

Los actos relacionados con el objeto social que coadyuven a la realización de sus fines son innumerables; dado que no se requieren que se encuentren expresamente indicados, el registrador no podría calificar si dichos actos coadyuvarían la realización de los fines de la sociedad, puesto que ello implicaría evaluar si las decisiones del directorio son las correctas para la gestión de la sociedad, facultades que no cuentan los registradores.

El directorio como órgano de administración supremo, tiene las facultades suficientes para realizar cualquier acto de representación, gestión, fiscalización y disposición, siempre y cuando estas facultades no se encuentren limitadas por el mismo estatuto, o sean contradictorias con algunas de las facultades que la LGS destina estrictamente a la junta.

16. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA CON LOS GERENTES

Al referirnos a la responsabilidad solidaria de los gerente con los directores es debido a la vinculación que tienen los gerentes con los actos de ejecución, pues los gerentes – habitualmente – tienen conocimiento de las irregularidades en la política de administración que los directores señalan para su ejecución además – conforme al artículo 191º de la Ley General de Sociedades – se extiende la responsabilidad aún cuando el gerente no se encuentre vinculado directamente con el hecho daños, sino que tan solo conozca la irregularidad y no lo informe debidamente. Por ello el sistema societario ha establecido el mismo plazo de

caducidad de la responsabilidad civil de los gerentes y los directores que es de dos años después de producido el acto u omisión.

Casación Nº 139-98-Piura, El Peruano, 1 de Diciembre de 1998 “[...] La responsabilidad del gerente se produce por el incumplimiento de sus obligaciones por dolo, abuso de facultades, negligencia grave, incumplimiento de la ley, del estatuto y de los acuerdos de la junta general y del directorio. En consecuencia, la responsabilidad del mencionado funcionario deriva de una relación contractual existente entre éste y la empresa a la que señala representar, de la misma que a su vez es accionista, en consecuencia, dicha responsabilidad no puede basarse en normas referidas a la responsabilidad extracontractual, dada la naturaleza especialísima de éstas sino en la inexecución de obligaciones, debiendo aplicarse concretamente al caso de autos el artículo mil trescientos veintiuno del Código Civil [...]”

En relación al gerente se puede dar dos tipos de responsabilidades una hacia dentro –respecto a la sociedad– y otra hacia fuera –respecto a terceros–, la responsabilidad que existe frente a la sociedad por la existencia de una la relación jurídica preexistente, es la de responsabilidad contractual. El gerente en caso de ocasionar un hecho dañoso a la sociedad va responder conforme señalan las normas del Código Civil.

CAPITULO CUARTO

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN OTROS PAÍSES

Para tener una visión completa de la responsabilidad civil de los administradores en nuestro ordenamiento jurídico es necesario analizar, como se ha desarrollado en los ordenamientos extranjeros, sobre todo se debe de analizar los ordenamientos que han tenido más influencia en el nuestro y como han ido evolucionando de acuerdo a las circunstancias.

Previamente a ello, es preciso señalar, con un fin meramente ilustrativo, sobre la administración de las *piae causae*⁶³ que correspondía al derecho romano justiniano, es un staff dirigido por un prefecto o ecónomo y formado generalmente por clérigos. Dichos administradores podían ser nombrados por el propio fundador que también podría establecer normas respecto a la sucesión de los mismos. En tal caso la administración de la entidad sería en la práctica independiente del obispo de la iglesia diocesana de acuerdo con las directrices del fundador y de los fines de la institución. No obstante lo dicho no impide que se disponga en todo caso la inspección del obispo para estos establecimientos autónomos e incluso se establece expresamente que si su administración es pésima deberá proceder a expulsar al administrador negligente y a nombrar a otro. Los administradores respondían civilmente, además de quedar sujetos a las sanciones religiosas a que dieran lugar de acuerdo con las normas disciplinarias emanadas de los Concilios de la Iglesia Católica, las cuales podían imponer la expulsión del cargo y la suspensión a

⁶³ La expresión *piae causae* aparece como una expresión ambigua, carente de rigor técnico y acuñada prácticamente en el siglo VI por Justiniano; dicha terminología aparece únicamente en constituciones del Código de Justiniano y en sus Novelas; ya que con ella se aludía tanto al fundamento del negocio jurídico de liberalidad, es decir, al « motivo o propósito pío » como también el destinatario de la donación o legado, es decir, al propio establecimiento de beneficencia. BLANCH NOUGÜES, José María, “La responsabilidad de los administradores de las *Piae Causae*”, en *Revue Internationale des Droit de l’antiquité*, N° 49, 2002, pp. 129-146, vide: www2.ulg.ac.be, 23/07/2010.

divinis de la condición de sacerdote sin perjuicio de la imposición de sanciones morales.

1.1. REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN ESPAÑA

1.1.1. ASPECTOS PRELIMINARES

La legislación española, ha sido la base de nuestra normativa societaria y en el tema de la responsabilidad civil de los administradores ha evolucionado, de la forma que se requería en su realidad a fin de cautelar los intereses tanto de las sociedades anónimas, de los socios así como de terceros; en una materia en que las fronteras son cada vez menor.

Parafraseando lo señalado por Francisco Vicent⁶⁴, tanto el legislador español- consideramos, también, como el legislador peruano- debe asumir la responsabilidad de que nuestro ordenamiento económico sea moderno y competitivo, como exige la globalización de la economía.

La Ley 26/2003, de 17 de julio de 2003, ha introducido algunas modificaciones en el artículo 133° tal como fue redactado por la Ley 19/ 1989, dicha modificación se ha basado en los deberes generales de los administradores, plasmado en el artículo 127° de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA) el cual señala *“Ejercicio del cargo. 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. 2. Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones.”*, asimismo se reguló la responsabilidad por incumplimiento de deberes específicos tales como las deudas sociales en el caso de incumplimiento de los deberes de promoción de

⁶⁴ VICENT CHULIÁ, Francisco, “La Responsabilidad de los Administradores en el Concurso”, en *Derecho de Sociedades y Gobierno Corporativo*, Flor de María Córdova Beltrán (Coordinadora), Grijley, Lima, 2008, p. 188.

la causa de disolución de la sociedad conforme al numeral 5 del artículo 265 de la Ley de Sociedades Anónimas.⁶⁵

Doctrina española señala que la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, representó un gran avance en el ámbito de responsabilidad civil con respecto al artículo 156 del Código de Comercio; sin embargo, seguía regulando con criterio muy benevolente al exigir un grado de culpabilidad elevado – al igual como se encuentra regulado en nuestra actual legislación societaria- siguiendo lo señalado por el artículo 144° del Código de Comercio, ya que solo les hacía responsables por “el daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave” después de varios anteproyectos a fin de modificar dicha benevolencia finalmente se encuentra redactado de la siguiente manera:

Artículo 133.- Responsabilidad.

- 1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.*
- 2. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.*
- 3. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.*

Sánchez Calero⁶⁶ señala que el régimen de responsabilidad civil de los administradores- a través de las diversas vías- en contraste con lo que sucedió

⁶⁵ Responsabilidad cuyo ámbito objetivo que ha sido restringido por la Ley 19/2005, con un régimen notablemente menos severo; al margen de la responsabilidad que pueda nacer en el curso del procedimiento concursal.

en los años de vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, se ha agravado de forma muy notable y ha originado una fuerte litigiosidad dando lugar a una abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Al igual que en muchos países en España también los administradores han alcanzado un gran poder dentro de la organización de la sociedad y ello se debe a lo ya señalado, que es la separación entre el capital y la gestión en el seno de la sociedad anónima.

En España, también existe la figura de director y gerentes o apoderados generales, pero ello no se identifica con la categoría de administradores, en nuestro país los directores y los gerentes sí son administradores, pero en España los directores generales o asimilados, aun cuando ejercitan según se ha dicho funciones administrativas, por regla general, el desarrollo de su función no es idéntica a la de los administradores. Estos tienen una vinculación orgánica con la sociedad sin una posición de dependencia respecto a la misma, ya que son titulares de hecho o de derecho del órgano de administración, mientras que por el contrario los directores generales, apoderados y gerentes tiene esa posición de dependencia, que hace que su vínculo- calificado de alta dirección – sea una relación laboral, cuya posición jurídica es publica por estar inscritos en el Registro Mercantil.⁶⁷

1.1.2. LAS ACCIONES RESARCITORIAS EN ESPAÑA

1.1.2.1. ACCIÓN SOCIAL

Ahora bien, para que surja la acción social de responsabilidad según el artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas

⁶⁶ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Los administradores en las sociedades de capital*, Aranzandi, Navarra, 2007, p. 306.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 313.

Artículo 134 - Acción social de responsabilidad. 1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad. Previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista por el artículo 93 para la adopción de este acuerdo. 2. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social. El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados. 3. La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada. 4. Los accionistas, en los términos previstos en el artículo 100, podrán solicitar la convocatoria de la junta general para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. 5. Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

Es preciso que el acto o acuerdo de los administradores sufra un daño en el patrimonio de la sociedad, ya que la naturaleza de esta acción, es una acción de naturaleza contractual («societaria») por la vinculación que existe entre administradores y sociedad.

Por lo que hace, en fin a la prescripción de la acción social, la Ley omite cualquier referencia al tema, debiendo entenderse aplicable —quienquiera que sea el que ejercite la acción- el plazo de cuatro años del artículo 949 Código civil español, computándose, como señala el precepto, desde «el cese de los administradores en el cargo»⁶⁸.

La legitimación para ejercitar la acción social⁶⁹ contra los administradores se atribuye a la **propia sociedad**, previo acuerdo de su Junta general, aun cuando no conste en el orden del día (art. 134.1 LSA). El acuerdo se adoptará por la mayoría ordinaria a que se refiere el artículo 93º LSA, sin que sea posible reforzar dicha mayoría en los estatutos (art. 134.1 LSA) y determinará automáticamente la destitución de los administradores afectados (art. 134.2 LSA).

1.1.2.2. ACCIÓN INDIVIDUAL

Mientras los perjudicados sean los socios o terceros tienen la posibilidad de actuar ejerciendo la acción individual, tal como establece el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas.

“Artículo 135.- Acción individual de responsabilidad.

No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos.”

Al igual que nuestra Ley General de Sociedades en España se regula los supuestos en los cuales los administradores realicen acto o acuerdo en contra de la Ley, el estatuto o en incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo. En cualquiera de los supuestos se analiza la culpa como

⁶⁸ BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, cit., p. 419.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 418.

criterio de imputación excluyéndose la responsabilidad objetiva para los administradores, en cumplimiento de las directivas de la CEE.

Ahora bien, el mayor daño que los administradores pueden infligir a la sociedad que administran es provocar o agravar su insolvencia. El daño se causa a los socios, a los trabajadores de la empresa y al interés público, debilitando la confianza general en el sistema económico, y muy especialmente a los acreedores⁷⁰

Acción individual los administradores responden como tales civilmente por los daños causados a la sociedad por la insolvencia de esta por incumplimiento de sus deberes legales en el ejercicio del cargo en el sistema general de responsabilidad (artículo 127 a 134 de la LSA). En segundo lugar, aunque la insolvencia de la sociedad no cause un daño directo en el patrimonio de los acreedores que les permita ejercitar su acción individual (artículo 135 LSA), tal daño directo se produce cuando los administradores de la sociedad les han ocultado la situación de insolvencia en que esta se hallaba. A tal efecto, señala Francisco Vicent⁷¹ que, no es necesario probar el dolo o culpa de los administradores sino solo que ha cumplido el deber de promover la disolución obligatoria de la sociedad o de solicitar la declaración del concurso.

En el campo de la responsabilidad civil de los administradores sin desaparecer su función reparadora que se ve auxiliada con la presencia del seguro, adquiere por el contrario una función normativa o de disciplina sancionadora de la actuación de los administradores, que corre paralela a la tendencia del incremento y la concreción de los deberes genéricos de diligencia y de lealtad, con el fin de potenciar el buen gobierno de la sociedades. Función normativa implica, además, no simplemente la vinculación de la responsabilidad en ciertos supuestos con el cese o destitución de los administradores, sino el

⁷⁰ VICENT CHULIÁ, Francisco, "La Responsabilidad de los Administradores en el Concurso", cit., p. 189.

⁷¹ Ibídem, p. 190.

establecimiento de determinadas sanciones, en unos casos de carácter penal, y en otros de carácter civil extraordinariamente onerosas.⁷²

1.2. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN FRANCIA

1.2.1. ASPECTOS PRELIMINARES

La legislación francesa en relación a la responsabilidad civil de los administradores (*La Responsabilité des Dirigeants*), al igual que en otros países ha ido adecuándose de acuerdo a la evolución de las sociedades anónimas. Los dirigentes o administradores ejercen una función riesgosa para la sociedad, terceros o socios, por ello es que es necesario una regulación rigurosa para el régimen de responsabilidad civil.

Conforme a ellos haremos un breve recorrido por las normas pertinentes sobre la estructura administradores, el Código de Comercio francés en su artículo L225-17⁷³ señala que:

“La sociedad anónima será administrada por un consejo de administración compuesto de al menos tres miembros. Los estatutos determinarán el número máximo de miembros del consejo, que no podrá sobrepasar los dieciocho.

Sin embargo, en caso de fallecimiento, dimisión o revocación del presidente del consejo de administración y si el consejo no hubiera podido sustituirlo por uno de sus miembros, podrá designar, no obstante las disposiciones del artículo L.225-24, a un administrador suplente que ejercerá las funciones de presidente.”

⁷² SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 309.

⁷³ Ley Nº 2001- 420 de 15 de mayo de 2001 Artículo 104 1º y Artículo 105 *Diario Oficial* de 16 de mayo de 2001 / Ley Nº 2003- 706 de 1 de agosto de 2003 Artículo 128 *Diario Oficial* de 2 de agosto de 2003.

Los mismos que según el Artículo L225-18⁷⁴ del Código de Comercio francés podrán ser elegidos por la junta general constituyente o por la junta general ordinaria; de igual forma podrán elegir a los miembros del consejo de administración el estatuto. La duración de sus funciones será determinada por los estatutos sin que pueda exceder de seis años en caso de designación por las juntas generales y de tres años en caso de designación en los estatutos. Cualquier disposición que no cumpla con lo señalado en el citado artículo, será declarado nulo.

Asimismo, tal como señala el Artículo L225-35⁷⁵ del Código de Comercio francés el consejo de administración determinará las orientaciones de la actividad de la sociedad y velará por que se lleve a cabo su implantación. No obstante los poderes expresamente atribuidos en las juntas de accionistas y limitándose al objeto social. Se hará cargo de cualquier cuestión relacionada con la buena marcha de la sociedad y regulará, mediante sus acuerdos, los asuntos que le afecten.

Y en las relaciones con terceros, la sociedad contraerá obligaciones incluso por aquellos actos del consejo de administración no relacionados con el objeto social.

Además, el consejo de administración procederá a los controles y verificaciones que juzgue oportunos. El presidente o el director general de la sociedad estarán obligados a remitir a cada administrador todos los documentos necesarios para el cumplimiento de su misión.

El consejo de administración tiene la facultad de elegir entre sus miembros a un presidente según el artículo L225-47⁷⁶ del Código de Comercio francés,

⁷⁴Ley Nº 2001- 420 de 15 de mayo de 2001 Artículo 105 Diario Oficial de 16 de mayo de 2001.

⁷⁵ Ley Nº 2001- 420 de 15 de mayo de 2001 Artículo 105 y Artículo 106 1º *Diario Oficial* de 16 de mayo de 2001 / Ley Nº 2003-706 de 1 de agosto de 2003 Artículo 129 *Diario Oficial* de 2 de agosto de 2003.

⁷⁶ Ley Nº 2001- 420 de 15 de mayo de 2001 Artículo 105 *Diario Oficial* de 16 de mayo de 2001.

igualmente ellos en cualquier momento podrán revocarlo. Cualquier disposición contraria se tendrá por no puesta. Igualmente, el consejo de administración puede elegir al presidente del consejo de administración para que se haga cargo de la dirección general o bien por otra persona física nombrada por el consejo de administración, la cual ostentará el título de director general. Y de la misma forma y a propuesta del director general se podrá elegir directores delegados

El director general tendrá los más amplios poderes para actuar en toda circunstancia en nombre de la sociedad. Ejercerá estos poderes con el límite del objeto social y ateniéndose a los que la Ley atribuye expresamente a las juntas de accionistas y al consejo de administración. Representará a la sociedad en sus relaciones con terceros. La sociedad será responsable incluso de los actos del director general que no correspondan al objeto social, a no ser que pruebe que el tercero sabía que el acto lo sobrepasaba o que no podía ignorarlo dadas las circunstancias, sin que la mera publicación baste como prueba. Las disposiciones de los estatutos o las decisiones del consejo de administración que limiten los poderes del director general no serán oponibles frente a terceros, según establece el artículo L225-56⁷⁷ del Código de Comercio francés.

Ahora bien, en Francia, para analizar la responsabilidad de los dirigentes o administradores autores como Cozain y Viandier⁷⁸, señalan que, de acuerdo a las circunstancias se puede distinguir tres regímenes:

- a) Responsabilidad Excepcional frente a los terceros
- b) Responsabilidad Ordinaria frente a la sociedad y a los socios
- c) Responsabilidad Agravada en caso de disolución o liquidación judicial

⁷⁷ Ley N° 2001- 420 de 15 de mayo de 2001 Artículo 105 y Artículo 107 4° *Diario Oficial* de 16 de mayo de 2001.

⁷⁸ COZAIN, Mauricie/ VIANDIER, Alain, *Droit des Sociétés*, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1993, p. 269.

Sin embargo, en nuestra investigación solamente estamos analizando la responsabilidad civil de los administradores y directores generales que surge de las dos primeras clasificaciones y que, contiene en el Artículo L225-251⁷⁹ del Código de Comercio Francés, el cual señala lo siguiente:

“Los administradores y el director general serán responsables individual o solidariamente según el caso, frente a la sociedad o frente a terceros, de las infracciones a las disposiciones legislativas o reglamentarias aplicables a las sociedades anónimas, de las contravenciones a los estatutos, o de las faltas cometidas en su gestión.

Si varios administradores o varios administradores y el director general hubieran colaborado en los mismos hechos, el tribunal determinará la parte contributiva de cada uno en la reparación del daño.”

Los administradores serán responsables en el primer supuesto siempre en cuando sus actos se excedan del ejercicio de sus funciones, sino quien responde siempre frente a terceros por algún daño ocasionado de los administradores en ejercicio de sus funciones es la misma sociedad.

En el segundo supuesto, de responsabilidad ordinaria se señala que los administradores – en Francia incluyen a todos como el director general, el presidente- responden por sus actos culposos en contra de las disposiciones legislativas, reglamentarias o estatutarias; la responsabilidad es individual o solidaria, en caso de solidaridad contra cualquiera de los dirigentes que haya cooperado al hecho culposo.

⁷⁹ Ley Nº 2001- 420 de 15 de mayo de 2001 Artículo 107 6° y 7° *Diario Oficial* de 16 de mayo de 2001.

1.2.2. ACCIONES RESARCITORIAS

1.2.2.1. ACCION SOCIAL

Además de la acción de reparación del perjuicio sufrido personalmente, los accionistas podrán, bien individualmente, bien por medio de una asociación, entablar una acción social de resarcimiento por responsabilidad civil contra los administradores o el director general. Los demandantes estarán habilitados para reclamar la reparación íntegra del daño causado a la sociedad, a la cual se le abonará, en su caso, una indemnización por daños y perjuicios. (Artículo L225-252 del Código Comercio francés)⁸⁰

La sociedad que ha sufrido el daño tiene el derecho de accionar contra los dirigentes sociales, tal es la finalidad de la acción social *ut universo*. Si en caso la sociedad no quisiera actuar contra los dirigentes surge la acción social *ut singuli* es decir la acción social ejercida por los accionistas mismos en nombre y por la cuenta de la sociedad, esta acción es ejercida por un accionista o grupo de accionistas es una excepción⁸¹.

Se tendrá por no puesta cualquier cláusula de los estatutos que tenga por efecto subordinar el ejercicio de la acción social al acuerdo o a la autorización previa de la junta general, o que comporte la renuncia por adelantado al ejercicio de tal acción. Ninguna decisión de la junta general podrá tener como efecto extinguir una acción de resarcimiento por responsabilidad civil contra los administradores o contra el director general por una falta cometida en el cumplimiento de su mandato artículo L225-253⁸² del Código de Comercio francés.

⁸⁰ Ley N° 2001- 420 de 15 de mayo de 2001 Artículo 107 8° *Diario Oficial* de 16 de mayo de 2001.

⁸¹ COZAIN, Mauricie/ VIANDIER, Alain, *Droit des Sociétés*, cit., pp. 271- 272.

⁸² Ley N° 2001- 420 de 15 de mayo de 2001 Artículo 107 9° *Diario Oficial* de 16 de mayo de 2001.

En relación a la responsabilidad agravada, es cuando el objeto de disolución judiciales ha sido ocasionado por negligencia, se dice que es agravada porque se rige por normas especiales en el ordenamiento jurídico peruano es el derecho concursal, además de las normas societarias al respecto.

1.2.2.2. ACCION INDIVIDUAL

Al igual que los otros ordenamientos, también se permite a toda persona perjudicada por la negligencia de un administrador, acudir a las instancias jurisdiccionales; sin embargo es frecuente que el perjuicio sea generado a los accionistas como señala Ripert⁸³, puede producirse si un administrador ha distraído los dividendos destinados a un accionista, o permitido por su culpa que alguien distrajera los fondos entregados para integrar las acciones, o que hayan perjudicado hechos falsos para perjudicar a un accionista.

La acción individual⁸⁴, es la acción que ejerce cualquier tercero cuando el daño ha sido personal, ya sea un daño ocasionado por uno o varios directores, en particular los accionistas pueden demandar a los dirigentes de manera individual, o si son varios los perjudicados de manera individual se pueden unir a fin de ser todos una parte demandante, nombrando a un representante o todo ellos como demandantes, especificando la forma – en caso de demostrarse que el daño fue ocasionado por la culpa del dirigente – que se tiene que reparar en relación con el perjuicio ocasionado.

Quisiéramos hacer la precisión que en el derecho francés, sobre materia mercantil no ha sido específico que tiene que haber un tipo de culpa en particular, sino que se castiga simplemente la culpa en toda su extensión.

En el supuesto de la prescripción de la acción de resarcimiento contra los administradores o el director general, tanto social como individual, prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que tuviera lugar el daño, o, si hubiese

⁸³ RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial- Sociedades*, cit., p. 427.

⁸⁴ DIDIER, Paul/ DIDIER, Philippe, *Droit Commercial, Les sociétés commerciales*, tome II, p. 250.

sido ocultado, a partir de su descubrimiento. Sin embargo, cuando el hecho hubiera sido calificado como delito la acción prescribirá a los diez años.

El Artículo L225-254⁸⁵ del Código Comercio de francés en relación al supuesto de prescripción de la acción, es muy clara en caso de que hubiese sido el hecho dañoso ocultado se contará a partir de su descubrimiento, precisión que adolece nuestra LGS.

1.3. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN ITALIA

1.3.1. ASPECTOS PRELIMINARES

La administración de la sociedad en Italia, tiene a su cargo la gestión de la empresa de manera exclusiva, el cual compone la operación necesaria de la actuación del objeto social de la empresa. El consejo de administración es el órgano encargado de la administración, el mismo que cuenta con un presidente que es quien, salvo disposición contrario del estatuto convoca a reunión al consejo de administración.

Anteriormente, es decir antes de la modificatoria del Codice Civile⁸⁶, se entendía que los administradores son órganos de la sociedad pero sometidos a las reglas del mandato⁸⁷, puesto que obran a nombre de la sociedad.

En Italia⁸⁸ se identificaba al agente imputado, cuando faltaba a la diligencia debida exigida por el artículo 1710 Código Civil italiano, párrafo primero, la diligencia de un buen padre de familia, es decir, que el cuidado que se requiere

⁸⁵ Ley N° 2001- 420 de 15 de mayo de 2001 Artículo 107 10° *Diario Oficial* de 16 de mayo de 2001.

⁸⁶ D. Lgs. N. 6 del, 17 enero 2003.

⁸⁷ A fin de conocer la regulación antes de la modificatoria ver: ASCARELLI, Tulio, *Derecho mercantil*, traducción de Felipe de J. Tena, Editorial de la cultura, México, 1940, pp.154- 157.

⁸⁸ STIRPE, Annalisa, "Rassegna di giurisprudenza su 'La diligenza come criterio di responsabilità dell' amministratore'", en *Libera LUISS*, 2004, vide : www.archivioceradi.luiss.it, 10/05/2010, p. 2.

generalmente, en virtud a cualquier prestatario en cumplimiento de su obligación contractual.

Visitini⁸⁹ señala también que, la opinión predominante por largo tiempo entre los intérpretes ha sido la de fundar la responsabilidad de los administradores en la violación del deber de diligencia ordinaria del buen padre de familia. Los jueces no responsabilizaban a los administradores por violación al deber de diligencia, sino por violación a deberes específicos, ha faltado, pues, en nuestro ordenamiento, a diferencia de cuanto ha acaecido en otros ordenamientos, una elaboración por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de los estándares de profesionalidad en los cuales apoyar la responsabilidad de los administradores y, consecuentemente, el modelo de diligencia de los administradores no ha sido medido con relación a las expectativas de la sociedad de determinados resultados, ni a la calificación profesional de los administradores.

Luego de dicha reforma en el derecho societario, se entiende a la administración como el poder ejecutivo de la sociedad anónima (*società per azioni*) de esta manera se codifica un principio de origen germánico, el cual es atribuir a la administración el poder de asumir la decisiones que incidan directamente en la conducción de la sociedad, así como el poder de cumplir con las operaciones necesarias a fin de cumplir con el objeto social.

A fin de que tenga validez las deliberaciones del consejo de administración es necesaria la presencia de la mayoría de los administradores conforme lo señala el artículo 2388° del Código Civil italiano.

Ahora bien, en relación a la responsabilidad de la sociedad el artículo 2392° del Código Civil italiano, señala que *“Los administradores deben cumplir los deberes a ellos impuestos por la ley y por el estatuto con la diligencia requerida por la naturaleza del encargo y por sus específicas competencias. Los administradores son solidariamente responsables respecto de la sociedad por*

⁸⁹ VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la Responsabilidad Civil 1*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 339- 340.

los daños ocasionados por la inobservancia de dichos deberes a menos que trate de atribuciones propias del comité ejecutivo o de funciones atribuidas en concreto a uno o más administradores (...)"

El artículo 2392 Código Civil italiano se describe que la obligación del administrador es una obligación de medios y no de resultados, ya que el fracaso económico de la sociedad y hasta su quiebra no son sinónimo de incumplimiento de sus deberes. La inobservancia de la obligación impuesta por la ley o el estatuto, legitima a la sociedad a actuar contra el órgano administrativo. Por ello, Angelo Rinna⁹⁰, señala se debe distinguir en tres categorías fundamentales a) Violación de las obligaciones específicas; b) Violación del deber general de diligencia; c) Violación del deber de no actuar en conflicto de intereses.

Sobre la estructura de la relación obligatoria que liga a los administradores con los titulares de los intereses administrados, se puede la máxima a adoptar concordando con la jurisprudencia que para afirmar la máxima a adoptar concordando con la jurisprudencia que para afirmar la responsabilidad de los administradores se debe constatar el comportamiento de los administradores sobre la base de los principios generales que regula el cumplimiento contractual (en sentido lato) y en base a los principios generales que regula el resarcimiento de los daños.⁹¹

La jurisprudencia⁹² es unánime en reconocer la aplicabilidad del principio de *business judgement*: en todas las decisiones que tienen que ver, más o menos directamente, la diligencia, el Tribunal no puede basar su opinión en una apreciación diferente de las oportunidades de cada acto discrecional realizado por ellos [...]. De hecho, el Tribunal no puede criticar a los méritos de los actos

⁹⁰ RINNA, Angelo, "La responsabilità sociale degli amministratori di S.P.A. per l'attività di gestione", Si è laureato in Economia e Commercio nel 2003- 04 Presso Università degli studi di Roma Tor Vergata, vide: www.tesionline.it, 01/01/2011.

⁹¹ DIMUNDO, Antonio, "Le Azioni di Responsabilità nei Confronti degli Amministratori", vide: www.csm.it, 31/07/2011.

⁹² STIRPE, Annalisa, "Rassegna di giurisprudenza su 'La diligenza come criterio di responsabilità dell'amministratore'", cit., p. 11.

cometidos por los administradores, o mejor no se puede juzgar sobre la base de la discreción o la conveniencia de la oportunidad, porque al hacerlo, se sustituyen, a posteriori, su apreciación subjetiva a la expresada por el cuerpo y poner fin legítimo. A los efectos de la responsabilidad, el tribunal deberá conocer y valorar la conducta de los directores en el caso los principios generales que rigen el incumplimiento de contrato (en el sentido más amplio) y los daños.

En opinión pacífica por Minervini⁹³ a diferencia de la responsabilidad artículo 2392° código civil italiano que tiene naturaleza contractual, la responsabilidad del artículo 2395° código civil italiano es extracontractual, ya que se trata de la responsabilidad en ejercicio de sus funciones de los administradores por el daño causado a un tercero, el cual puede ser un socio, un acreedor o cualquier otra persona.

1.3.2. ACCIONES RESARCITORIAS

1.3.2.1. ACCIÓN SOCIAL

El artículo 2393° del Código Civil italiano describe que la acción social de responsabilidad será ejercida por la sociedad cuando sea representante al menos un quinto del capital social.

Al igual que en nuestro sistema jurídico, la acción social es exclusiva de la sociedad anónima que encargó la administración y defraudó la confianza brindada por un actuar negligente.

A fin de garantizar los intereses de los perjudicados el sistema jurídico dispone de medios adecuados de protección en marcha, dando a la sociedad anónima administrada por facultad de ejercer la acción social, que está regulada por el

⁹³ Citado por FERRI, Giuseppe, *Le società, Trattato di Diritto Civile Italiano*, bajo la dirección de Filippo Vassalli, Vol. X, Tomo III, Unione Tipografica Editrice Torinese (UTET), Turin, 1971, pp. 523- 236.

art. 2393, Código Civil italiano y a los acreedores les da la acción de los acreedores sociales en el artículo 2394° Código Civil italiano. La lógica de la ley para dicha acción, es que sea el principal instrumento que ofrece a las empresas a reaccionar contra los administradores infieles a fin de que indemnicen por daños ocasionados.

El artículo 2393, Código Civil italiano, trata de la identificación del sujeto, que tiene la legitimidad para actuar, y el procedimiento de la decisión para iniciar la demanda, por ello Antonio Dimundo ⁹⁴ señala que, el primer párrafo, trata de la acción social por daños y perjuicios en contra de los administradores, salvo algunas excepciones contenidas en otras disposiciones, corresponde exclusivamente a la sociedad, y lo ha hecho, una opción básica discriminante, al igual que en otras jurisdicciones, pero sólo en nuestra aplicación, de manera rígida y excluyente. El segundo párrafo establece que, la decisión relativa a la responsabilidad de los directores en la Ley se incluye en la agenda de la reunión convocada para discutir el presupuesto. Esto demuestra la estrecha relación entre la discusión del presupuesto, una cuenta de la gestión social, y la eventual adopción de iniciativas apropiadas para remediar los hechos del mal manejar. El tercer apartado, trata de los efectos de la resolución de la responsabilidad, vuelva a conectar el resultado de la remoción de los consejeros contra la cual es deliberada, si se toma la decisión por el voto de por lo menos una quinta parte del capital social. En este caso es la misma asamblea que se prevé su sustitución, como excepción al artículo. 2386, párrafo 1, del Código Civil, que prevé la sustitución de los otros directores. El párrafo cuarto y último del artículo, cree que es necesario prever la posibilidad de la empresa a renunciar o poner en peligro la acción de responsabilidad, la prescripción, sin embargo, de la deliberación se expresa y se atribuye a una minoría cualificada de los miembros (una quinta parte del capital nombre) un verdadero derecho de veto.

Para completar los aspectos de procedimiento de la acción, el art. 2949, párrafo 1, del Código Civil italiano, que trata de las reglas de la prescripción, indicando

⁹⁴ DIMUNDO, Antonio, "Le Azioni di Responsabilità nei Confronti degli Amministratori", cit. p. 3

que la acción, de "los derechos derivados de las relaciones sociales", expirará a los cinco años. El punto de partida del término de limitación coincide con el momento en que el daño se produce, sino en virtud del artículo. 2941, no 7, DC, queda suspendido hasta la terminación de los directores de la oficina.

1.3.2.2. ACCIÓN INDIVIDUAL

Guiseppe Ferri⁹⁵, señala que se discute si la acción individual del socio o del tercero frente a los administradores si se presenta solamente en la hipótesis en la cual el socio o el tercero sea dañado por un hecho del administrador ajeno a la actividad de gestión o si por el contrario dicha acción se presente incluso en el caso en el que los hechos dañosos se verifiquen fuera de la actividad de gestión, a favor de la primera postura se aduce que, debiendo el daño ser provocado directamente, se excluye que el daño pueda ser provocado a través de la sociedad como sucede cuando el hecho dañoso es inherente a la actividad de gestión. A favor de la segunda postura, se aduce un argumento literal y un argumento lógico; el argumento literal consiste en la remisión hecha por el artículo 2395 del código civil italiano a los artículos precedentes los cuales regulan el hecho cometido realizado en la ejecución de la actividad de gestión, llamado que encuentra la disciplina de la responsabilidad de los administradores; el argumento lógico consiste en el hecho que, si la norma del artículo 2395 c.c. italiano se refiere a los hechos ilícitos cumplidos por los administradores mas allá de su cargo, la norma seria superflua, dado que la hipótesis reentraría en la previsión del artículo 2043 código civil italiano.

Por otro lado, la tesis ampliamente mayoritaria en la jurisprudencia y en los autores -señala Visintini⁹⁶ que se han ocupado específicamente del tema de la responsabilidad de los administradores afirma que ésta, regulada por los arts. 2392, 2394, 2395 del cód. civ. italiano, se refiere siempre a la hipótesis de una

⁹⁵ FERRI, Guiseppe, *Le società, Trattato di Diritto Civile Italiano*, bajo la dirección de Filippo Vassalli, cit., pp. 523- 236.

⁹⁶ VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la Responsabilidad Civil 1*, cit., p. 343.

actividad dañosa cumplida en el desarrollo de las tareas sociales y, por lo tanto, a la actividad cumplida por los administradores en el nombre de la sociedad.

Mientras que la jurisprudencia en Italia, resulta unívoca señala Guido Alpa⁹⁷, en la doctrina (por obra de Giuseppe Ferri, Mario Porzio y Roberto Weigman) se han formulado dudas acerca de la responsabilidad personal de los administradores frente a los terceros, porque se considera que si el tercero actúa de buena fe, la empresa se vincula (y se tendrá, entonces, solo una responsabilidad interna del administrador frente a la empresa), de modo que el tercero no padecerá daño, ni podrá pretender ningún resarcimiento. En cambio, si el tercero actúa de mala fe, el acto no es vinculante para la empresa.

La viabilidad de la acción social o individual contra el administrador depende de la incidencia del daño en el patrimonio social, o bien en el patrimonio del socio o del tercero. Y, a este propósito, los jueces deben determinar el nexo causal en relación a los específicos incumplimientos imputables a los administradores.

Monateri⁹⁸ señala que el artículo 2395 del cód. civ. italiano, no nos da ni un género ni especie sino es una norma de la vanguardia que compete a los acreedores y socios que no sea fundado en los artículos 2393 y 2394 del cód. civ. italiano, por tanto no tendría razón de ser analizar la naturaleza jurídica, porque no encontramos ante un ámbito de una acción aquiliana ejercida por la víctima directamente ante el administrador.

Consideramos que cuando se trate de daños en el ejercicio de sus funciones, si estamos ante una especie del género de responsabilidad civil de los directores, la cual también es considerada responsabilidad aquiliana, pero que en virtud del principio de la especialidad se regulará por sus normas de manera específica.

⁹⁷ ALPA, Guido, *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, Jurista editores, Lima, 2006

⁹⁸ MONATERI, Pier Giuseppe, *Trattato di Diritto Civile, Le fonti delle obbligazioni (La responsabilità civile)*, diretto da Rodolfo Sacco, UTET, Torino, 1998, pp. 1 y ss.

1.4. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES EN EL COMMON LAW

En relación al sistema jurídico del *common law*, tiene varios matices distintos a nuestro sistema jurídico, denominado en contraposición *civil law*, consideramos que la investigación en esta materia ha sido inmensa, especialmente del derecho norteamericano y ello se debe principalmente a un capitalismo que crece en dicho país a pasos agigantados y que necesita de instituciones que puedan lograr tal fin, por ello la sociedad anónima – como ya lo hemos mencionado – es la gran abanderada en este sistema.

La administración de la sociedad anónima – señala Ernesto Martorell⁹⁹ – le corresponde al directorio, el cual se denomina *board of directors*, el mismo que debe estar integrado por un mínimo de dos miembros y un secretario, no es necesario que sean accionistas para que se los designe, salvo que el estatuto así lo requiera, la designación le corresponde a la asamblea y debe ser individual, este mismo órgano tiene la facultad de destituirlos quedando a resguardo la posibilidad del director de defenderse, el *board* tiene facultades amplísimas – hasta cierto punto incomprensible para quienes han sido formados en el derecho de raigambre continental – administra primordialmente a la compañía, pero además fija las políticas económicas y financieras a seguir para dar cumplimiento al objeto social. Dichas facultades pueden ampliarse por autorizaciones adicionales por medio de los *by law*, pueden aprobar *per se* el balance y la distribución de los dividendos, aprobar emisión de nuevas acciones, designar *officers*¹⁰⁰ en los cuales puedan delegar funciones.

De la misma forma en Norteamérica y con algunos matices, se desarrolla la administración de una sociedad anónima, la cual está estructurada en un solo

⁹⁹ MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Los Directores de Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 44- 45.

¹⁰⁰ Se refiere a delegados o terceros que asumen algún cargo, SAINT DAHL, Henry, *Diccionario Jurídico Inglés- Español*, Mc Graw-Hill, New York, 2004, p. 411.

órgano (*Board of directors*), que es la autoridad suprema y originaria en la materia, las facultades gestoras y de representación de la compañía corresponden al *board* en cuanto cuerpo colegiado, ósea como órgano, y no a sus integrantes individualmente. Ello se desprende del hecho de que las decisiones previas a su actuación como representante del ente deben ser tomadas por acuerdos denominados *meeting of the board of directors*, igualmente – que el derecho inglés – tienen control casi absoluto de la gestión de la empresa, autores como Sasot Betes y Sasot¹⁰¹ señala que los accionistas están prácticamente excluidos de ese control, este verdadero privilegio les asegura prácticamente la impunidad de su gestión.

Es por ello que, en el common law se habla de los deberes de los directores, *fiduciary duties*, los cuales son resumidos en: el deber de diligencia y el deber de lealtad; el deber de diligencia, es el deber de cuidado y diligencia requerido al director, es el grado de cuidado y diligencia que tendría ordinariamente un director prudente y que se podría razonablemente esperar en el ejercicio de una situación similar; y el deber de lealtad, es el deber de actuar de buena y en los mejores intereses de la sociedad.¹⁰² Uno de los primeros aspectos de regular en la *Companies Act* 2006, han sido los deberes generales de los directores de una compañía, ahora los deberes generales se encuentran en el capítulo 2 de la parte 10 de la *Companies Act*¹⁰³.

Cabe señalar, que los *nominee*¹⁰⁴ directors y *multiple*¹⁰⁵ directors, directores específicos en una sociedad anónima, los cuales han tenido un crecimiento

¹⁰¹ MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Los Directores de Sociedades Anónimas*, cit., p. 50.

¹⁰² GUTIÉRREZ URTIAGA, María, “A contractual approach to the regulation of corporate directors’ fiduciary duties”, cit., p. 73.

¹⁰³ KEAY, Andrew, “The duty of directors to exercise independent judgment”, en *Company Lawyer*, Sweet & Maxwell, 2008, 29(10), 290-296

¹⁰⁴ BOROS, Elizabeth, “The duties of nominee and multiple directors: Part 1”, en *Company Lawyer*, Sweet & Maxwell, 10(11), 1989, pp. 211- 219. La autora señala que son personas quienes, independientemente de la forma de su nombramiento pero relacionado a su cargo, se encuentran obligados a velar por los intereses de alguna persona o algunas personas que son parte de la compañía, podrían representar a un accionista mayoritario, a una clase de accionistas, a los acreedores, a un grupo de empleados.

jurisprudencial muy alto en los países del *common law* tales como Australia, Canadá, Estados Unidos, Inglaterra, tienen el deber de actuar además con diligencia y lealtad, señala Elizabeth Boros¹⁰⁶ deben actuar en los mejores intereses que la empresa requiere, dejando de lado aún los intereses de la parte que los ha elegido, y debe actuar equitativamente entre las diferentes clases de accionistas. Sus poderes y decisiones son tomados en interés de la empresa en su preferencia con lo de sus mandatarios.¹⁰⁷

Asimismo una revista canadiense¹⁰⁸, relacionado a una organización sin fines de lucro señala que, esos deberes legales son descritos en los estatutos así como en *The Canada Corporations Act*, los miembros deben de actuar principalmente bajo tres deberes básicos: *The duty of diligence* (deber de diligencia) este deber es para actuar razonablemente, prudentemente, de buena fe y con mirando hacia los mejores intereses de la sociedad y de sus miembros; *the duty of loyalty* (el deber de lealtad) interpone los intereses de la empresa primero y no sus intereses privados, además agregan *the duty of obedience* (el deber de obediencia) que es el deber de actuar conforme a las políticas de la organización, las reglas, normas aplicables a dicha organización.

Una característica muy variante con nuestro sistema es que en el *Common Law*, esencialmente en el norteamericano, los deberes de los accionistas pueden ser sujetos de una transacción o acuerdo entre la sociedad y los directores, el deber de diligencia (*duty of care*), donde encontramos una gran diferencia con el derecho societario del civil law y por ende del derecho societario peruano, y ello se debe principalmente, tal como señala Llebot

¹⁰⁵ BOROS, Elizabeth, "The duties of nominee and multiple directors: Part 1", cit. p. 211. La autora señala que son los directores de más de una compañía, pero son directores de compañía relacionadas entre sí, es decir del mismo grupo empresarial

¹⁰⁶ BOROS, Elizabeth, "The duties of nominee and multiple directors: Part 2", en *Company Lawyer*, Sweet & Maxwell, 10(11), 1990, pp. 6- 10.

¹⁰⁷ Sobre el tema revisar también: CRUTCHFIELD, Philip, "Nominee directors: the law and commercial reality", en *Company Lawyer*, Sweet & Maxwell, 1991, 12(7), pp. 136-142

¹⁰⁸ "Directors' Liability: A Discussion Paper on Legal Liability, Risk Management and the Role of Directors in No-Profit Organizations", Canada, 2002, vide: www.volunteerbureau.yk.ca, 06/05/2010.

Majo¹⁰⁹, en primer lugar, la crisis que, durante la segunda mitad de la década de los ochenta, sufrió el mercado de contratos de seguro que cubren el riesgo de responsabilidad civil de los administradores, esto es, las denominadas pólizas D&O, y en segundo lugar, la resolución del caso *Smith v. Van Gorkon*¹¹⁰ que concluyó con un acuerdo por el que los demandantes recibían de los administradores de la sociedad *Trans Union Corporation* la cantidad de 23,5 millones de dólares. Estos dos factores, a su vez, impulsaron la aprobación de distintas modificaciones de los *statutes* que establecen el régimen de las *corporations* en cada uno de los estados norteamericanos con el objeto de posibilitar que estas introdujeran en los estatutos sendas cláusulas para eliminar la responsabilidad de los administradores por la infracción del deber de diligencia o bien para limitar el importe de la responsabilidad de los administradores por la infracción, en ningún caso, sin embargo por las infracciones del deber de lealtad.

Ante ello se han desatado en doctrina dos vertientes muy marcadas, los contractualistas, los cuales atribuyen a los deberes un carácter contractual, además manifiestan que la jurisprudencia al determinar el contenido de estos deberes, no hace otra cosa que determinar hipotéticamente la voluntad de las partes, y los anticontractualistas señalan que la modificación afectarían a los acreedores sociales, y la razón del argumento vale para ordenamientos como el nuestro y no para el norteamericano, y ello reside, destaca el profesor Llebot Majo¹¹¹, en que uno de los principios configuradores del régimen de las sociedades anónimas es la protección, aunque sea nominal, de los acreedores sociales, y en la legitimación que tienen éstos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, en cambio en el ordenamiento norteamericano la exigibilidad del cumplimiento de los *fiduciary duties*, de cuya infracción deriva la responsabilidad de los administradores, sólo puede hacerse valer por la propia sociedad o, en su caso, por los propios accionistas mediante el ejercicio de la

¹⁰⁹ LLEBOT MAJO, José Oriol, *Los deberes de los Administradores de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1996, p. 128.

¹¹⁰ GUTIÉRREZ URTIAGA, María, "A contractual approach to the regulation of corporate directors' fiduciary duties", cit., p. 74

¹¹¹ Ibídem, pp. 129- 130.

denominada *derivative action*. Los acreedores no están por lo tanto legitimados a para exigir responsabilidad de los administradores por infringir los *fiduciary duties*.

Es preciso destacar – aunque no es parte de la responsabilidad civil – que el sistema del *common law* nos encontramos con un contrato de seguro de responsabilidad civil de los directores muy desarrollado y consolidado, denominado la póliza D&O (*Directors and Officers*), seguro que aún no encontramos en el mercado peruano; sin embargo, en otro ordenamiento ya se encuentra con bastante arraigo, ya que en el mundo empresarial existe mucho dinamismo e intercambio de posiciones de acuerdo a lo a supuestos que generen más ganancias y menos riesgos a los empresarios.

Para ello, resulta suficiente en Estados Unidos¹¹² el acuerdo de consejo de administración de la sociedad para concluir el contrato de seguro. Situación similar ocurre en Alemania, en donde el consejo de vigilancia realiza el contrato de seguro a favor de los administradores, en tanto el contrato de seguro para los miembros del Consejo de Vigilancia es determinado por la Junta General.

¹¹² FALCONI CANEPA, Julio, *Responsabilidad en los grupos de sociedades y tutela de acreedores*, Grijley, Lima, 2005, p. 442.

CAPITULO QUINTO

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN EL PERÚ

Los directores - como miembros de un directorio- son parte sustancial de la organización de una sociedad anónima, los mismos que son elegidos por sus cualidades profesionales y personales; y tienen dentro de sus funciones el expresar en relación a la administración y gestión, la voluntad social de la sociedad anónima que representa, para que ellos cumplan con dicho fin, la ley como el estatuto le otorga facultades amplias, siempre enmarcadas dentro del objeto social de la sociedad anónima; sin embargo, esas facultades deben de ser limitadas y ello se logra con un sistema de responsabilidad estable y seguro según sea el campo (Civil, Penal, Administrativa, etc.)¹¹³.

Easterbrook y Fischel¹¹⁴, en coherencia con su visión contractual de la sociedad emplean la “teoría de la agencia” como modelo en el que se enmarca la separación de la propiedad y del control de la sociedad. Los administradores y directivos de la sociedad son “agentes” de los socios, mientras que éstos últimos ocupan la posición de “principales”. Aunque los administradores deben actuar siempre en el interés social, que es el de los socios, siempre existe el riesgo de que actúen en interés propio. Para evitar que así sea, surgen diversos mecanismos, algunos dentro del propio contrato de sociedad, otros externos (como el mercado y el ordenamiento jurídico) que ayudan a minimizar los

¹¹³ Cierta doctrina señala que, como una alternativa de solución a la responsabilidad extracontractual de la sociedad, se debe atribuir a los administradores de dicha responsabilidad, ya que son los administradores quienes tienen el manejo de la sociedad por tanto la posibilidad de reducir los daños que ocasione la sociedad a terceros (responsabilidad extracontractual), vide: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “¿Cómo desvestir a un santo sin desvestir a otro?”, en *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales*, Palestra, Lima, 2003, pp. 541- 594.

¹¹⁴ MARCOS, Francisco, “Análisis económico del derecho de sociedades, Recensión a Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, La estructura económica de las sociedades de capital”, cit., p. 4.

costes de agencia, alineando los intereses de los administradores y los de los socios.

Ahora bien, delimitaremos nuestro estudio y sólo nos referiremos a la responsabilidad civil de los directores, un tema que con el devenir de los tiempos ha evolucionado considerablemente, ya que se entendió que la administración de la sociedad anónima no debe estar ligada a la propiedad de las acciones y por ello los accionistas limitaron su injerencia en la administración de la sociedad, lográndose así mayor independencia y control por parte de los directores.

Es por ello, que distintas legislaciones han ido modificando y adecuando sus normas a los nuevos tiempos, elevando el rigor de la responsabilidad de los administradores, ya que es el órgano, que reúne la confianza de cada uno de los socios, y su función debe de ser fiscalizada y controlada, evitando el abuso del poder que les ha sido conferido.

Es más, actualmente, la crisis de los mercados que estamos viviendo a nivel mundial está agravando la situación de conflicto entre diversos intereses implicados en la gestión empresarial y la dirección (los accionistas, acreedores y empleados). Por ello, nosotros tratamos mostrar aquí en esta investigación que con un sistema más rígido de responsabilidad civil se puede ayudar a devolver la confianza de los accionistas.

2. NATURALEZA JURIDICA

Para determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad tenemos que mirarlo desde tres frentes; el *primero* es desde la relación que surge entre los miembros del directorio y la sociedad; *segundo* la relación que existe entre los miembros del directorio entre los socios; y el tercero con relación a los *terceros*, los mismos que, generalmente, son acreedores de la sociedad; teniendo en consideración que existen estos tres frentes indicados, es que algunos autores

como BRUNETI¹¹⁵ denominan a la responsabilidad de los administradores, como responsabilidad orgánica.

Hace muchos años en diversas legislaciones (Alemania, Italia, Francia, España, etc.), tal como hemos explicado en el capítulo tercero, se entendía que los directores tenían la naturaleza jurídica de un mandatario, es decir se regulaba por un contrato de mandato otorgado por la sociedad, sin embargo, esa figura jurídica era insuficiente para explicar tan compleja institución como son los administradores de una sociedad (para el caso peruano, los directores), por tanto se indicaba que la responsabilidad en la que incurrían era de naturaleza contractual.

Es por ello, que muchas legislaciones como Italia por ejemplo, en su artículo 2392 del codice civile regulaba que *“los administradores deben cumplir con los deberes impuestos a ellos por la ley o escritura de constitución con la diligencia de un mandatario”*; por dicha relación contractual de mandato, se le imputaba al director de responsabilidad contractual, pero desde la modificación del 2003, se estableció que *“Los administradores deben cumplir con los deberes impuestos a ellos por la ley o escritura de constitución con la diligencia requerida y la naturaleza del encargo y dalle loro específica competencia”*

Además, como señala Galgano¹¹⁶ no basta que haya verificado un daño contra sociedad, y que este daño sea atribuible a los administradores, por el contrario se requiere que, a los administradores pueda imputárseles el incumplimiento específico de una obligación impuesta a ellos por el contrato de sociedad, sea que se trate de una obligación legal, obligación contenido en la escritura de constitución (estatuto) y se requiere que ese daño sufrido por la sociedad sea consecuencia inmediata y directa de su incumplimiento.

¹¹⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 564.

¹¹⁶ GALGANO, Francesco, *Derecho comercial, las sociedades*, cit., p. 375.

La responsabilidad de los administradores nace cuando, habiendo infringido sus deberes, han causado daño bien directamente a la sociedad, e indirectamente a los socios o a los terceros, o bien cuando lesionan directamente los intereses de los socios o los terceros. Puede surgir así una acción social de responsabilidad en el primer caso, esto es, cuando se ha producido un daño a la sociedad, o una acción individual de responsabilidad cuando se han lesionado directamente los intereses de los socios o terceros.

El régimen de la responsabilidad civil de los administradores tiene como función esencial el de cuidar de que estos cumplan, con la diligencia debida, las obligaciones y deberes que se les impone por el ordenamiento jurídico, de forma que si mediante un acto ilícito causan un daño están obligados a resarcirlo.¹¹⁷

Asimismo señala, Mantilla Molina¹¹⁸, resulta así que por el manejo cotidiano de los negocios sociales, los administradores están legalmente facultados para obrar a su arbitrio, pero deben de cuidar el negocio social como propio. Con ello se da una pauta para apreciar la diligencia que los administradores deben de poner en el desempeño de su encargo, y para calificar su negligencia no ha de comparárselos con un prototipo abstracto; con el clásico buen padre de familia, o del comerciante diligente, sino que su conducta en la dirección de la sociedad ha de medirse con el patrón concreto del mismo administrador cuando maneja sus propios negocios.

3. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL

Una mala administración de la sociedad puede ser fuente de perjuicios considerables, para la sociedad, los accionistas y los acreedores sociales o terceros. (...). Lo que complica mucho esta situación es la naturaleza del perjuicio sufrido por los accionistas. La personalidad moral de la sociedad forma

¹¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, cit., p. 246.

¹¹⁸ MANTILLA MOLINA, Roberto, "La responsabilidad de los administradores de la sociedades anónimas", trabajo presentado al IV Congreso de Derecho Comparado, París, agosto 1954

una pantalla entre los administradores responsables y los accionistas. Estos sufren un perjuicio en su calidad de tales, pero a veces este perjuicio consiste en la pérdida de un elemento de su patrimonio personal y otras, en una disminución del valor de las acciones que poseen.¹¹⁹

Mención especial merece la Responsabilidad concursal, el cual sólo es exigible si se cumplen tres presupuestos 1° que la pieza de calificación se haya abierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación , y no en caso de convenio; 2° que el concurso haya sido calificado como culpable, es decir, “cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado solo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho” (artículo 164.1 y 3°) que los administradores o liquidadores hayan estado en el ejercicio del cargo en el momento de la declaración del concurso o dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso¹²⁰.

3.1. ANTE LA SOCIEDAD

Los directores cuando realicen conductas que vayan en contra de los intereses de la sociedad, se va configurar en una responsabilidad contractual, ello porque los directores tienen una relación contractual con la sociedad que es quien les ha confiado el poder de gestión y representación de la sociedad.

Algunos autores¹²¹ señalan que el acto de designación constituye la fuente de los poderes de administración, sino que es originario por la ley. A la designación por parte de asamblea a la aceptación no debe ser visto como el acuerdo de dos sujetos para la constitución de una relación contractual (mandato, trabajo, sui generis) distinto del contrato de sociedad sino más bien

¹¹⁹ RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial- Sociedades*, cit., p. 417.

¹²⁰ VICENT CHULIÁ, Francisco, “La Responsabilidad de los Administradores en el Concurso”, cit., p. 268.

¹²¹ GALGANO, Francesco, *Derecho comercial, las sociedades*, cit., pp. 267- 268.

como un acto que designa a las personas propuestas al órgano que por ley a ejercitar los poderes.

En ese sentido, la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil de los directores en caso de un daño ocasionado a la sociedad se encuentra enmarcada dentro de la responsabilidad contractual.

Cualquiera sea el tipo de relación contractual que exista entre el director y la sociedad, lo cierto es que existe una obligación por parte del director de actuar conforme a las funciones que se les ha otorgado es decir debe de actuar con diligencia y lealtad hacia la sociedad.

Cabe precisar que, las obligaciones que ejercen los directores podrían considerarse como obligaciones de medios y no de resultados, sin embargo, Gastón O'Donnell señala que, en realidad implican resultados parciales que contribuyen a realizar un accionar diligente. Podría decirse que una obligación de medios está constituida por pequeñas o parciales obligaciones de resultado. La mayor consecuencia que acarrea la distinción entre obligaciones de medio y resultados es con relación a la prueba de la culpa. En las obligaciones de resultado, ocurrido el incumplimiento, la culpa se presume. En cambio en las obligaciones de medios, el acreedor deberá probar que el deudor no puso la debida diligencia.¹²²

El profesor Espinoza Espinoza¹²³, señala que “un sector de la doctrina italiana prefiere utilizar la expresión de responsabilidad orgánica, por cuanto es inútil recurrir al criterio del incumplimiento y de la responsabilidad contractual (...) Evidentemente se cuenta con los artículos que estamos analizando y son los que deben de primar en virtud del principio de especialidad; pero si queremos analizar el nexo causal, los daños ocasionados o lo supuestos de ruptura del nexo causal en virtud al principio de supletoriedad, debemos acudir al código

¹²² O'DONNELL, Gastón A., “La culpa como factor de atribución de responsabilidad de directores de sociedades anónimas y la gobernanza corporativa”, *Uces Revista Jurídica*, N° 13, 2009, pp. 111- 113.

¹²³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., p. 564.

civil. Es por ello que, independientemente de mi posición sobre la interpretación sistemática de ambos regímenes, se debe determinar si nos encontramos (como punto de partida) en uno u otro. Así, me parece más persuasivo argumentar que, frente a un daño ocasionado dentro de una relación orgánica (entre el director y la sociedad), la normatividad a aplicarse debe ser la de la responsabilidad contractual, no porque haya un contrato entre las partes sino una relación jurídica previamente asumida y dentro de la cual se ha lesionado una particular posición jurídica.”

Sin embargo, existen autores como Otaegui¹²⁴ que sostienen que siempre los actos de los directores son actos de terceros con relación a la sociedad. Por ende su responsabilidad es siempre extracontractual. No hay vinculación contractual entre los directores y la sociedad. Solo la hay entre órganos de la sociedad.

3.2. ANTE ACREEDORES SOCIALES, ANTE LOS SOCIOS O ANTE TERCEROS

Los directores como administradores de la sociedad pueden generar daño no sólo a la sociedad sino también a terceros, los mismos que comprenden, acreedores sociales, socios y demás personas no comprendidos en estos supuestos pero han sido dañados en ejercicios de sus funciones; ante dichos daños los administradores responden extracontractualmente, por generar un hecho ilícito.

El primer grupo de posibles perjudicados son los socios, ya que son ellos los que han depositado su confianza – claro a través de la personalidad de la sociedad- a los directores para que actúen con diligencia y lealtad. Esta acción se les reconoce a los socios de manera individual los administradores los hayan perjudicado en sus intereses, por ejemplo cuando han sido impedidos ilegalmente del derecho a voto o de asistir a un junta de accionistas, o

¹²⁴ O'DONNELL, Gastón A., “La culpa como factor de atribución de responsabilidad de directores de sociedades anónimas y la gobernanza corporativa”, cit., p. 117.

simplemente porque se le excluyó sin razón alguna al reparto de utilidades y a terceros por cualquier posible daño en ejercicio de las funciones como administradores (directores).

El segundo grupo se encuentran los acreedores sociales, los cuales son los más vulnerables ya que ellos han confiado en la persona jurídica como tal, estableciendo negocios. Por ello, si de los administradores depende la responsabilidad por daños generados a los acreedores sociales, tienen que responder ante los acreedores sociales, pero esta responsabilidad es extracontractual.

Galgano¹²⁵ señala que el interés protegido es el interés general, que trasciende el de las sociedades en concreto, y que corresponde al de una correcta administración de las empresas; y precisamente porque se trata de un interés que va más allá de las sociedades en concreto, se reputa insuficiente la sola responsabilidad de los administradores para con la sociedad administrada por ellos.

Es así que el mismo autor señala que, el daño injusto que los administradores ocasionan a los acreedores es la lesión de la expectativa de prestación, ya que el patrimonio de la sociedad por acciones, es la única garantía que la sociedad ofrece a sus propios acreedores, y por esto los administradores perjudican la garantía patrimonial de los acreedores sociales y comenten con respecto a ellos un daño injusto si violan los deberes inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio.

Sin embargo, arribar a dicho supuesto, ha conllevado de que se piense que la responsabilidad dirigida hacia los administradores no era autónoma sino que es subrogatoria, una responsabilidad dirigida ante la sociedad y no los administradores, pero ello es incorrecto, ya que se trata de responsabilizar a los administradores de la administración del patrimonio social, con ello lo que se trata no es de proteger especialmente a los acreedores sino que expone a

¹²⁵ GALGANO, Francesco, *Derecho comercial, las sociedades*, cit., p. 379.

diversas acciones de responsabilidad a los administradores para obtener una buena administración.

Dentro del tercer grupo, se encuentra el supuesto en el que se protege a cualquier persona perjudicada por mala administración de los directores, pero siempre que se encuentren en el ejercicio de sus funciones, ya que se puede dar el caso que los directores, como persona natural, incumpla con el pago de las cuotas mensuales de arrendamiento del departamento en el cual vive, en tal supuesto vemos, que un tipo de responsabilidad contractual pero ya no contra el director sino contra la persona natural que ha ocasionado el daño.

4. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Gutiérrez Urteaga¹²⁶, señala que son necesario tres ingredientes para señalar responsabilidad de los directores, el daño, la negligencia o la culpa al actuar con diligencia y la causalidad; sin embargo, nosotros consideramos los siguientes presupuestos: el hecho ilícito, daño, nexo causal, criterio de imputabilidad.

4.1. HECHO ILICITO

El Artículo 177° de la Ley General de Sociedades establece que *“Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.*

Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares.

¹²⁶ GUTIÉRREZ URTIAGA, María, “A contractual approach to the regulation of corporate directors’fiduciary duties”, en *Journal of Corporate Ownership & Control*, Vol. I, Issue 3, 2004, p. 73

Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general.”

Es decir, los directores responden por los daños que causen con actos o acuerdos lesivos para la sociedad, socios o terceros, ya sea una acción o una omisión, no podemos concluir porque la ley se refiere a “actos” o “acuerdos” solamente se trataría de un hacer sino que se debe comprender dentro la palabra actos o acuerdos, tanto las acciones como las omisiones del director.

Si bien es cierto, la responsabilidad civil de los directores se encuentra enmarcada en este supuesto que es meramente del sistema societario, por el principio de especialidad; sin embargo, al igual que cualquier supuesto de responsabilidad civil requiere de requisitos que deben de cumplirse en su conjunto para poder imputar responsabilidad civil a los directores.

4.2. DAÑO

El acto para que genere responsabilidad ha de ocasionar un daño, puede estar dirigido al patrimonio de la sociedad como al patrimonio de los socios o terceros. En algunos supuestos surgirá un daño al mismo tiempo tanto a la sociedad como a los socios o terceros y se puede activar tanto la acción social como la acción individual.

A efectos de delimitar los daños directos a la sociedad, que como se ha dicho es presupuesto necesario para el nacimiento de la acción social de responsabilidad de los directores, es preciso tener en cuenta que la función de estos de gestionar una empresa entrañan necesariamente la asunción de determinados riesgos- los riesgos de empresa- cuyos efectos negativos no pueden imputarse sin más a los directores.

Por ello señala, Sánchez Calero¹²⁷ que en la aplicación del <<daño emergente>>, que se manifiesta en pérdidas que ocasionan la reducción del patrimonio social, y el <<lucro cesante>>, que se refleja en las ganancias dejadas de obtener por determinados actos de los administradores, han de ser aplicados en este caso con especial cautela ya que en otro supuesto el régimen de mayor rigor en la responsabilidad de los administradores podría tener efectos contrarios a los pretendidos por la Ley, (...) porque el régimen de responsabilidad no debe servir como instrumento inhibitorio de la asunción por los administradores de determinadas iniciativas innovadoras tendentes al mejor desarrollo del objeto social.

Asimismo, se debe determinar correctamente, el daño que se produce a los acreedores, socios o cualquier tercero.

4.3. NEXO CAUSAL

Otro presupuesto para la responsabilidad de los administradores radica en la necesidad de la existencia de una relación de causa efecto entre el daño ocasionado y el acto ilícito de los directores. El daño causado por los administradores debe ser el efecto de algún hecho ilícito pero en ejercicio de sus funciones sino no sería un daño ocasionado por un administrador sino por cualquier persona natural.

El nexo causal o relación de causalidad señala el maestro Lizardo Taboada¹²⁸, es un requisito de toda la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase (...) a la conducta que sí ha producido el daño efectivamente, fracturando el eventual nexo causalidad de la otra conducta, se le llama justamente fractura causal. Las fracturas

¹²⁷ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 321.

¹²⁸ TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, 2ed., Grijley, Lima, 2003. pp. 35- 36.

causales en el ámbito extracontractual son cuatro: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero.

A razón de la Casación N° 4124-2006-Ica, Vilela Carbajal¹²⁹, señala que, La reparación o resarcimiento económico de un daño causado no tiene carácter personalísimo, sino más bien, patrimonial. De comprobarse que efectivamente durante su gestión, el director gerente de la empresa Compañía Embotelladora Ica Sociedad Anónima realizó actos que originaron perjuicio a la referida empresa o a algún accionista de la misma, sería pasible de imputársele responsabilidad, la misma que al poder materializarse y cuantificarse económicamente, pasaría a formar parte del pasivo de la sucesión hereditaria, toda vez que “desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”

4.4. CRITERIOS DE IMPUTABILIDAD

El sistema de responsabilidad civil para los directores se encuentra dentro un sistema de responsabilidad subjetiva, toda vez que se analiza la conducta del director si ha actuado con diligencia¹³⁰ el cual se define, como el empleo adecuado de las energías y de los medios útiles para la realización de un fin determinado. Según los diversos fines, el esfuerzo que es identificable con la diligencia puede exigir la aplicación de facultades volitivas, el recurso a instrumentos materiales idóneos, la observancia de principios técnicos y de preceptos jurídicos.

La diligencia se presta a dos distintos juicios en el campo de las obligaciones. El primero toma en consideración el esfuerzo útil para determinar el normal contenido del comportamiento del deudor, y se plantea, de tal modo, como un

¹²⁹ VILELA CARBAJAL, Jorge Eduardo, “La responsabilidad del administrador en la sociedad anónima ¿responsabilidad personal o patrimonial?”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, tomo 136, enero, 2010, pp. 153- 162.

¹³⁰ BIANCA C., Massimo, “La negligencia en el derecho civil italiano”, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Ara editores, Lima, 2001. p. 346

criterio concurrente para la individualización de la exacta prestación debida. El segundo, tiene en cuenta el esfuerzo útil para valorar el comportamiento efectuado por el deudor, en relación con los eventuales impedimentos encontrados, y se plantea, esta vez, como un criterio de responsabilidad.¹³¹

Luego de ello se concluye si el director ha concurrido en dolo o negligencia que según, Massimo Bianca¹³² manifiesta que, “la negligencia se concibe como una omisión de diligencia. La noción de negligencia remite, entonces, por su propia determinación, a la idea de diligencia, y se presenta como un aspecto negativo y correlativo de esta última.”

En cuanto a la existencia de dolo, negligencia grave o abuso de facultades, debe señalarse que el hecho de tener la calidad de representante legal y las atribuciones legales de gestión, no son decisivos para demostrar tal existencia, debido a que dichas facultades constituyen el elemento objetivo de la responsabilidad solidaria, mientras que el dolo, la negligencia grave y el abuso de facultades no tiene tal condición de objetividad, siendo más bien relevantes para determinarlos, la intención, la voluntad, la diligencia requerida, entre otros factores, que caracterizan a la responsabilidad de tipo subjetivo.

Nuestro sistema de responsabilidad civil para éste supuesto es un sistema subjetivo, es decir que el fundamento para responsabilizar a un director es la culpa, originada por diversos supuestos como son la toma de acuerdos contrarios a la ley y el estatuto, acuerdos llevados a cabo con dolo, abuso de sus facultades o negligencia grave, el incumplimiento de acuerdos de la junta general, la celebración de actos o contratos violatorios del artículo 179, la violación de las normas del artículo 180, los actos que lesionen los intereses de la sociedad y los que vulneren en forma directa los intereses de los socios y terceros.

¹³¹ BIANCA C., Massimo, “La negligencia en el derecho civil italiano”, cit., pp. 351-352

¹³² Ibídem, p. 345

La Ley anterior, señala Elías Laroza¹³³, hacía referencia a un supuesto más de responsabilidad “El desempeño del cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal”; sin embargo, ahora en nuestra actual LGS, no se encuentra regulado como un supuesto más de la responsabilidad civil de los directores.

Los directores responden personal, solidaria e ilimitadamente; no es un responsabilidad al directorio como órgano, sino que responden a los que resulten responsables y de los que resulten responsables, la obligación que se genera responderán solidariamente y con todo el patrimonio, ya que los directorio responden ilimitadamente.

Además, la LGS extiende la responsabilidad para aquellos directores que sucedan el cargo y no han comunicado por escrito a la junta general de accionistas de las irregularidades cometidas por los directores que los han precedido. Así también, la LGS exime de responsabilidad del director cuando habiendo participado en la sesión siempre en cuando haya manifestado su disconformidad al momento del acuerdo o cuando lo conoció.

5. DEBERES DE LOS DIRECTORES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

5.1. DEBERES GENERALES

5.1.1. DEBER DE DILIGENCIA

Es cuando los administradores se informan de la marcha de la sociedad, se busca la participación efectiva de los administradores, descartando una conducta pasiva.

¹³³ ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho societario peruano*, cit., pp. 367- 368.

El deber de diligencia tiene una doble función¹³⁴, ex ante ha sido una función preventiva, dando al director los incentivos necesarios del nivel de cuidado como reducir la probabilidad del daño a la empresa, y ex post tiene una función compensatoria, compensando a los accionistas en caso de algún daño ocurrido.

5.1.2. DEBER DE LEALTAD

El deber de lealtad, se refiere cuando existe un incumplimiento faltando la buena fe y la confianza entregada por la sociedad hacia los directores.

El deber de fidelidad¹³⁵ vincula a los administradores con la defensa del interés social. A pesar de que este concepto ha sido ampliamente debatido y que permanece sin ser definido legalmente, la jurisprudencia ha venido entendiendo que se trata del interés común de los accionistas. La fidelidad consiste, en esencia, en que los administradores han de orientar de manera principal su actuación a la tutela de la sociedad, sin tomar en consideración los propios intereses o de los terceros.

No resulta sencillo diferenciar el deber de lealtad del de fidelidad¹³⁶. Si este último consagra la defensa del interés social como el principio rector de la actuación de los administradores, el de lealtad aborda los conflictos de intereses que pueden surgir entre la sociedad y los administradores o personas con ellos vinculados. De los que parece deducirse que el deber de lealtad supone la concreción del de fidelidad.

La Ley General de Sociedades, ha regulado la responsabilidad por negligencia grave es decir, a la falta de diligencia que provoca la responsabilidad según la ley debe ser grave, y no entra a regular las faltas leves que pueda cometer un director en ejercicio de sus funciones.

¹³⁴ GUTIÉRREZ URTIAGA, María, "A contractual approach to the regulation of corporate directors' fiduciary duties", cit., pp.73-74.

¹³⁵ Ibídem, p. 241.

¹³⁶ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, cit., p. 242.

Sin embargo, los directores no son responsables objetivamente por pérdidas o resultados económicos adversos de la sociedad, es decir que la sola circunstancia de este hecho no implica que se le imputará de responsabilidad, ya que ésta existe cuando se demuestra que hay un daño sobre la base de una negligencia

La culpa común no es la culpa semejante. Un administrador puede haber cometido un hecho culpable y los otros no haber vigilado su acción. Quienes han cometido una falta de negligencia se han asociado a la falta de otro. Es a ese título que los miembros del consejo pueden ser declarados responsables solidariamente con el presidente y el director general.¹³⁷

En presencia de los presupuestos anteriores, responderán **solidariamente** todos los miembros del órgano de administración (Directorio) que realizó el acto lesivo (incluyendo, los administradores de hecho). De esta forma el legitimado activo podrá dirigirse contra uno, algunos o todos los miembros del órgano de administración.

Es solidaria, porque responden todos los administradores así uno solo haya incurrido en responsabilidad, aunque pudiera parecer una disposición excesiva no lo es porque los demás administradores tiene la potestad de denunciar el hecho ilícito o manifestar su disconformidad con algún acuerdo perjudicial, liberándose así de toda responsabilidad¹³⁸

En ese sentido, no nos hallamos ante una responsabilidad del directorio como órgano colegiado sino de sus miembros en este caso los directores; pero todos los que actuaron en ese hecho lesivo responderán solidariamente; el artículo 177º de la Ley General de Sociedades, expresamente determina la solidaridad,

¹³⁷ RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial- Sociedades*, cit., p. 423.

¹³⁸ VIVANTE, César, *Derecho Mercantil*, cit., p. 117.

considerándose, además, como establece el código civil en su artículo 1983¹³⁹, que aquel que paga la totalidad tiene el derecho de repetir contra los demás.

Es así que para la responsabilidad solidaria, la Resolución del Tribunal Fiscal N° 02142-4-2002-ORLC/TR, expedida el 22 de abril del 2002, por la Cuarta Sala del Tribunal Fiscal, resolviendo con ella la apelación interpuesta por Jorge Antonio Saba Cassis contra la Resolución de Intendencia 015-4-09191 del 30 de diciembre de 1998, emitida por la Intendencia de Principales Contribuyentes Nacionales de la SUNAT, que declaró infundado el reclamo formulado contra resoluciones de determinación y resoluciones de multa, mediante las cuales se le atribuye responsabilidad solidaria respecto del IGV e Impuesto a la Renta de los ejercicios 1994 a 1997, de cargo de Sociedad Industrial Textil S.A

La Sala del Tribunal Fiscal señala acertadamente que la materia controvertida consiste en determinar si el recurrente tiene condición de responsable solidario de las deudas tributarias de la sociedad por haber sido presidente del directorio durante los ejercicios 1994 a 1997.

Señala que las atribuciones o facultades otorgadas al directorio no son propias de un director en especial, sino del directorio como órgano colegiado de la sociedad atendiendo a su naturaleza, sin embargo, ello no impide atribuirle responsabilidad solidaria a cada uno de sus miembros en particular, toda vez que el directorio no es una entidad que sea susceptible de tal atribución, por lo que al existir solidaridad, la Administración puede dirigir la cobranza contra cualquiera de los miembros del directorio, por la totalidad de la deuda, teniendo quien haya realizado el pago el derecho de repetición;

Para efectos- señala Hundskopf¹⁴⁰- de atribuirle responsabilidad a uno o más miembros del directorio, no bastará con los señalados en el art 177 LGS, y

¹³⁹ “Si varios son responsables del daño responderán solidariamente. Empero, aquel que pago la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repetición de hará por partes iguales ”

acreditar el acaecimiento de un daño o perjuicio efectivo en contra de la sociedad, los accionistas o terceros, sino que deberá acreditarse necesariamente el nexo causal de este con la actuación culposa o dolosa de los acreedores, de acuerdo con la doctrina moderna de la responsabilidad civil.

En consecuencia, los directores deberán asumir la responsabilidad derivada de su actuación dentro del órgano por todos aquellos actos en los que individualmente intervengan o por acuerdos que se adopten con su voto, ya que al momento de producirse la votación, perfectamente pueden salvar su responsabilidad por un acto o acuerdo y, si ello no fuera posible, la misma ley, en su artículo 170, ha concedido un plazo de 20 días útiles después de realizada la sesión, para pedir que se adicione al acta su oposición al acuerdo. Esta norma concuerda con el art 178 de la LGS.

Si bien la norma tributaria atribuye responsabilidad solidaria a los directores y representantes de la sociedad, ello debe responder a criterios de racionalidad en el ámbito de la omisión, así como de la posibilidad del directorio de conocer y evitar esta situación. El directorio no puede responder por todo, por el solo hecho de su nombramiento, sino únicamente por lo que está a su alcance y capacidad de conocimiento, y que no fue realizado o evitado por una verdadera conducta dolosa o negligencia grave.

5.2. DEBERES ESPECÍFICOS

La posibilidad de delinear la actuación y los deberes de los directores se puede realizar en los estatutos, sin embargo la ley también puede señalar algunos supuestos que constituyen deberes específicos que los directores no deben de dejar de cumplir, en ese mismo sentido, se señala que¹⁴¹, resulta

¹⁴⁰ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Jurisprudencia Societaria Comentada*, Universidad de Lima fondo editorial, Lima, 2009 p.

¹⁴¹ MIEREZ, María Fernanda / SEEBER, Ricardo V., "La posibilidad de delinear la actuación del directorio para acotar los límites de su responsabilidad", en *Sociedades comerciales, los administradores y los socios, responsabilidad en sociedades anónimas*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2004, p.68.

importante el incluir en los estatutos la mayor cantidad de directivas o reglas claras para el ejercicio de la administración por parte de los directores como modo de prevenir situación que pueden dar lugar a la responsabilidad por parte de los directores.

Ahora bien, señalaremos algunos de los supuestos que establece la ley como deberes específicos que tienen que cumplir los directores:

5.2.1. Supuesto del artículo 7° de la LGS, sobre actos anteriores a la inscripción de la sociedad.

“Artículo 7.- Actos anteriores a la inscripción.- La validez de los actos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro está condicionada a la inscripción y a que sean ratificados por la sociedad dentro de los tres meses siguientes. Si se omite o retarda el cumplimiento de estos requisitos, quienes hayan celebrado actos en nombre de la sociedad responden personal, ilimitada y solidariamente frente a aquéllos con quienes hayan contratado y frente a terceros.”

Mientras una sociedad anónima no se encuentre inscrita en registros públicos no ha cobrado personalidad jurídica, por tanto no existe para él derecho, por ello los que contratan en su nombre responden solidaria e ilimitadamente con su patrimonio, dicho artículo es completamente lógico, toda vez que cuando existe responsabilidad de sociedades de facto responde todos su representantes solidariamente.

5.2.2. Supuesto del artículo 12° de la LGS sobre responsabilidad por los actos ultra vires.

“Artículo 12.- Alcances de la representación.- La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a

la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles.

La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social.”

Dicho artículo establece que la sociedad está obligada con respecto a las personas con las cuales se ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que se le haya otorgado, así esos actos no se encuentren dentro de su objeto social, el modelo conceptual, que señala este artículo describe que, la capacidad general de las personas jurídicas, heredado del sistema alemán.¹⁴²

Además, este es un artículo que ratifica lo señalado por el artículo 177° de la Ley General de Sociedades, toda vez que establece que van a responder los administradores cuando se extralimitan sus funciones (abuso de sus facultades); toda vez que se parte cuando una acción interpuesta dentro de sus funciones quien responde frente a terceros, es la sociedad, partiendo de ese principio si un director se excede de las facultades otorgadas (actos ultravires), responderá personalmente.

Ello responde a un principio que subyace al sistema societario,- señala la profesora Guerra¹⁴³- principio de la buena fe, la LGS contempla la

¹⁴² ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., pp. 562- 563.

¹⁴³ GUERRA CERRÓN, J. María Elena, *Levantamiento del velo y responsabilidad de la sociedades anónimas*, Grijley, Lima, 2009, pp.

protección que deben recibir las personas con quienes la sociedad contrata y con terceros de buena fe.

5.2.3. Supuesto del artículo 18° de la LGS sobre responsabilidad por la no inscripción de la sociedad

“Artículo 18.- Responsabilidad por la no inscripción.- Los otorgantes o administradores, según sea el caso, responden solidariamente por los daños y perjuicios que ocasionen como consecuencia de la mora en que incurran en el otorgamiento de las escrituras públicas u otros instrumentos requeridos o en las gestiones necesarias para la inscripción oportuna de los actos y acuerdos mencionados en el artículo 16.”

Dentro de nuestro sistema, es coherente que se establezca como un deber específico la inscripción oportuna de los acuerdos o actos que incluyen tanto el pacto social como el estatuto, y se activa ante cualquier persona que se vea perjudicado por la demora en el otorgamiento de la inscripción y responden solidariamente los involucrados.

5.2.4. Supuesto del artículo 24° de la LGS sobre los gastos necesarios para la constitución de la sociedad

“Artículo 24.- Gastos necesarios.- Otorgada la escritura pública de constitución y aun cuando no hubiese culminado el proceso de inscripción de la sociedad en el Registro, el dinero depositado según el artículo anterior puede ser utilizado por los administradores, bajo su responsabilidad personal, para atender gastos necesarios de la sociedad.”

Se entiende que una vez que se haya otorgado la escritura pública de constitución y aun cuando no hubiese acabado el proceso de inscripción los directores pueden hacer uso, bajo su responsabilidad personal, del dinero depositado en la cuenta a nombre de la sociedad.

5.2.5. Supuesto del artículo 40° de la LGS sobre la responsabilidad de los administradores en los casos de repartos indebido de utilidades

“Artículo 40.- Reparto de utilidades.- La distribución de utilidades sólo puede hacerse en mérito de los estados financieros preparados al cierre de un periodo determinado o la fecha de corte en circunstancias especiales que acuerde el directorio.

Las sumas que se repartan no pueden exceder del monto de las utilidades que se obtengan.

Si se ha perdido una parte del capital no se distribuye utilidades hasta que el capital sea reintegrado o sea reducido en la cantidad correspondiente. Tanto la sociedad como sus acreedores pueden repetir por cualquier distribución de utilidades hecha en contravención con este artículo, contra los socios que las hayan recibido, o exigir su reembolso a los administradores que las hubiesen pagado. Estos últimos son solidariamente responsables. Sin embargo, los socios que hubiesen actuado de buena fe estarán obligados solo a compensar las utilidades recibidas con las que les correspondan en los ejercicios siguientes, o con la cuota de liquidación que pueda tocarles.”

Este artículo es muy importante, porque establece sanciones para el caso en que se incumpla lo señalado por dicha norma, tanto la sociedad y los acreedores tienen derecho de repetir por cualquier distribución de utilidades hecho contraviniendo el citado artículo

Echaiz¹⁴⁴ señala que, (...) además la real existencia de utilidades como presupuesto para el reparto de estas, es necesaria la previa integración del capital social en caso existiese pérdida de ejercicios anteriores. La distribución de utilidades que se efectuase sin observar estas exigencias

¹⁴⁴ ECHAIZ MORENO Daniel, *Derecho Societario un enfoque jurídico de los temas societarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 164

ocasiona una doble responsabilidad: por una parte, de los socios que las han recibido y, por otra parte, de los administradores (entre ellos, los directores) que las han pagado, siendo estos últimos responsables solidarios.

5.2.6. Supuesto del artículo 76 de la LGS sobre revisión de aportes no dinerarios

“Artículo 76.- Revisión del valor de los aportes no dinerarios.- Dentro del plazo de sesenta días contado desde la constitución de la sociedad o del pago del aumento de capital, el directorio está obligado a revisar la valorización de los aportes no dinerarios. Para adoptar acuerdo se requiere mayoría de los directores.

Vencido el plazo anterior y dentro de los treinta días siguientes, cualquier accionista podrá solicitar que se compruebe judicialmente, por el proceso abreviado, la valorización mediante operación pericial y deberá constituir garantía suficiente para sufragar los gastos del peritaje. Hasta que la revisión se realice por el directorio y transcurra el plazo para su comprobación no se emitirán las acciones que correspondan a las aportaciones materia de la revisión.

Si se demuestra que el valor de los bienes aportados es inferior en veinte por ciento o más a la cifra en que se recibió el aporte, el socio aportante deberá optar entre la anulación de las acciones equivalentes a la diferencia, su separación del pacto social o el pago en dinero de la diferencia. En cualquiera de los dos primeros casos, la sociedad reduce su capital en la proporción correspondiente si en el plazo de treinta días las acciones no fueron suscritas nuevamente y pagadas en dinero.”

Conforme señala el citado artículo, se establece un procedimiento relacionado a la revisión de los aportes no dinerarios, es así que señala

Echaiz¹⁴⁵, primero, ante los aportes no dinerarios deberá elaborarse un informe de valorización; segundo, el directorio deberá revisar la valorización de los aportes – que consta en dicho informe- en un plazo de 60 días contados desde la constitución de la sociedad (aporte inicial) o del pago del aumento del capital social (aporte posterior); y, tercero, los socios podrán solicitar la comprobación judicial dentro de los 30 días posteriores al vencimiento del plazo anterior. Resaltamos que la norma transcrita obliga al directorio a revisar la valorización de los aportes no dinerarios, pero no establece expresamente cuál es su responsabilidad ante el incumplimiento de tal obligación, por lo que deberemos acudir a previsión general contenida en el artículo 177° de la Ley General de Sociedades.

Además, coincidimos en lo señalado por el profesor Hundskopf¹⁴⁶, en relación a que el legislador ha dejado de lado mecanismos utilizados en otras legislaciones tales como el del empleo obligatorio de peritos oficiales o de tasaciones encomendadas a entidades estatales y en su lugar de manera imperativa ha obligado al directorio a revisar dicha valorización, ya que la asignación de valores sobrevaluados genera perjuicios a la sociedad, a los demás accionistas y a los terceros. Esta revisión es independiente del informe de valorización que de acuerdo con el artículo 27 de la LGS debe insertarse en la escritura pública donde conste el aporte no dinerario, y lo que pretende con ella es confirmar que los valores asignados a los aportes sean los más ajustados a los valores del mercado al momento en que éstos se hubiesen realizado.

¹⁴⁵ ECHAIZ MORENO Daniel, *Derecho Societario un enfoque jurídico de los temas societarios*, cit., 2001, p. 165

¹⁴⁶ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “El Directorio de las Sociedades Anónimas”, en *Tratado de Derecho Mercantil*, cit. p. 291.

5.2.7. Supuesto del artículo 117° de la LGS sobre no convocatoria a junta general a solicitud de los accionistas

“Artículo 117.- Convocatoria a solicitud de accionistas.- Cuando uno o más accionistas que representen no menos del veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto soliciten notarialmente la celebración de la junta general, el directorio debe publicar el aviso de convocatoria dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud respectiva, la que deberá indicar los asuntos que los solicitantes propongan tratar.

La junta general debe ser convocada para celebrarse dentro de un plazo de quince días de la fecha de la publicación de la convocatoria. Cuando la solicitud a que se refiere el acápite anterior fuese denegada o transcurriesen más de quince días de presentada sin efectuarse la convocatoria, el o los accionistas, acreditando que reúnen el porcentaje exigido de acciones, podrán solicitar al juez de la sede de la sociedad que ordene la convocatoria por el proceso no contencioso.

Si el Juez ampara la solicitud, ordena la convocatoria, señala lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quien la presidirá y el notario que dará fe de los acuerdos.”

Consideramos a ese supuesto cuando el directorio en su calidad de legitimado para hacer la convocatoria no lo realiza por negligencia o por alguna intención de perjudicar al grupo de accionistas que de manera extraordinaria desea realizar una junta. Ante su incumplimiento responden conforme lo señala el artículo 177 de la LGS.

5.2.8. Supuesto del artículo 175° de la LGS sobre información fidedigna

“Artículo 175- Información fidedigna.- El directorio debe proporcionar a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley determine respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad.”

El directorio debe proporcionar a los socios información respecto a la situación legal, económica y financiera de la sociedad; sin embargo la emisión de dicha información debe ser diligente pues existe información que la sociedad debe reservar ya que su divulgación puede ser perjudicial para la sociedad y los socios incurrirían en responsabilidad por los daños ocasionados.

El órgano de administración tiene a su cargo el suministro de informaciones a los socios y a los demás integrantes de los órganos societarios (...). Puede así mencionarse la comunicación de los estados contables con la debida antelación a los socios, para su consideración previa al acto que deban aprobarlos (...).¹⁴⁷

5.2.9. Supuesto del artículo 179° de la LGS sobre contratos, créditos, préstamos o garantía.

“Artículo 179.- contratos, créditos, préstamos o garantía.- El director sólo puede celebrar con la sociedad contratos que versen sobre aquellas operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros y siempre que se concierten en las condiciones del mercado. La sociedad sólo puede conceder crédito o préstamos a los directores u otorgar garantías a su favor cuando se trate de aquellas operaciones que normalmente celebre con terceros.

Los contratos, créditos, préstamos o garantías que no reúnan los requisitos del párrafo anterior podrán ser celebrados u otorgados con el acuerdo previo del directorio, tomado con el voto de al menos dos tercios de sus miembros.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores es aplicable tratándose de directores de empresas vinculadas y de los cónyuges, descendientes, ascendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o

¹⁴⁷ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario- Parte General- Los órganos societarios*, cit., p. 290.

segundo de afinidad de los directores de la sociedad y de los directores de empresas vinculadas.

Los directores son solidariamente responsables ante la sociedad y los terceros acreedores por los contratos, créditos,

Préstamos o garantías celebrados u otorgados con infracción de lo establecido en este artículo, inmediatamente se activa la responsabilidad civil de los directores, pero no por cumplir con los requisitos señalados por este artículo sino por contar con un acuerdo previo.

En tal sentido, Echaiz¹⁴⁸ describe que, los directores no son responsables si es que consienten que la sociedad celebre un contrato con el director sin que cumplan con los requisitos de ordinariedad e igualdad de trato o en que la sociedad le conceda al director un crédito o un préstamo o le otorgue una garantía a su favor sin que se cumpla con el requisito de la ordinariedad. Son responsables si es que tales circunstancias se produjeron sin que exista acuerdo previo del directorio (primer supuesto) o, habiendo dicho acuerdo, si es que no fue tomado con el voto de al menos dos tercios de sus miembros (segundo requisito).

5.2.10. Supuesto del artículo 180 ° de la LGS sobre conflicto de intereses.

“Artículo 180.- conflicto de intereses.- Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de ésta.

¹⁴⁸ ECHAIZ MORENO Daniel, *Derecho Societario un enfoque jurídico de los temas societarios*, cit.2001, p. 175

El director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto.

El director que contravenga las disposiciones de este artículo es responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director.”

Consideramos que la inserción de este deber reafirma el deber de lealtad que debe tener el director en el ejercicio de sus funciones, por medio del cual sobrepone los intereses de la sociedad ante cualquier tipo de interés diverso, que pueden ser intereses de un grupo de accionistas, interés personal del director, de un grupo de trabajadores, en el *common law*, se encuentra muy desarrollado este supuesto pero siempre enmarcado dentro del deber de lealtad.

Echaiz¹⁴⁹ al respecto dice lo siguiente, el interés social es a nivel societario un concepto tan tradicional como impreciso que merece ser delimitado –en sus difíciles contornos-caso por caso. Su preeminencia es, en principio, indiscutible, por lo que los conflictos de intereses deberán resolverse a favor de la satisfacción de aquel interés social. Este criterio funciona, por ejemplo, respecto a la actuación de los directores, en tantos se les exige abstenerse en la opción de acuerdos que no satisfagan el interés social. Sin embargo, el creciente auge de los grupos de sociedades (como estructuras corporativas construidas en procura del interés grupal) revela el potencial conflicto entre aquel interés social y el no menos importante interés grupal, con el añadido que la legislación vigente solo reconoce al primero de los nombrados.

¹⁴⁹ ECHAIZ MORENO Daniel, *Derecho Societario un enfoque jurídico de los temas societarios*, cit.2001, p. 175

5.2.11. Supuesto del artículo 218 de la LGS sobre devolución de aportes antes del plazo

“Artículo 218.- Plazo para la ejecución.- La reducción podrá ejecutarse de inmediato cuando tenga por finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto o cualquier otro que no importe devolución de aportes ni exención de deudas a los accionistas.

Cuando la reducción del capital importe devolución de aportes o la exención de dividendos pasivos o de cualquier otra cantidad adeudada por razón de los aportes, ella sólo puede llevarse a cabo luego de treinta días de la última publicación del aviso a que se refiere el artículo anterior. Si se efectúa la devolución o condonación señaladas en el párrafo anterior antes del vencimiento del referido plazo, dicha entrega no será oponible al acreedor y los directores serán solidariamente responsables con la sociedad frente al acreedor que ejerce el derecho de oposición a que se refiere el artículo siguiente.”

El presente deber, se da en el marco de la reducción de capital social, al efecto, es pertinente señalar, como señala Hundskopf¹⁵⁰ que todo acuerdo de reducción del capital debe expresar la cifra en que se reduce, la forma como se realiza, los recursos con cargo a los cuales se efectúa y el procedimiento por el cual se lleva a cabo, debiéndose publicar un extracto del acuerdo por tres veces con intervalo de cinco días.

5.2.12. Supuesto del artículo 225 de la LGS relacionado con la aprobación de la memoria y los estados financieros de la sociedad.

“Artículo 225.- Efectos de la aprobación por la junta general.-La aprobación por la junta general de los documentos mencionados en los

¹⁵⁰ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “El Directorio de las Sociedades Anónimas”, en *Tratado de Derecho Mercantil*, cit. p. 298.

artículos anteriores no importa el descargo de las responsabilidades en que pudiesen haber incurrido los directores o gerentes de la sociedad.”

Esta responsabilidad deviene de lo señalado en el artículo 221 de la LGS, el cual señala que finalizado el ejercicio económico el directorio debe formular la memoria, los estados financieros y la propuesta de las utilidades si es que las hubiere, está demás decir que dichos documentos deben ser claros, precisos y acorde con la realidad financiera y económica que atraviesa la sociedad.

En caso de no ser así el presente artículo deja a salvo la responsabilidad que hubiere, en caso que la junta haya aprobado la memoria y los estados financieros.

5.2.13. Supuesto del artículo 348 y 373 de la LGS, por la fusión y escisión de la sociedad

“Artículo 348.- Abstención de realizar actos significativos.- La aprobación del proyecto de fusión por el directorio o los administradores de las sociedades implica la obligación de abstenerse de realizar o ejecutar cualquier acto o contrato que pueda comprometer la aprobación del proyecto o alterar significativamente la relación de canje de las acciones o participaciones, hasta la fecha de las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes convocadas para pronunciarse sobre la fusión.”

“Artículo 373.- Abstención de realizar actos significativos.-La aprobación del proyecto de escisión por los directores o administradores de las sociedades participantes implica la obligación de abstenerse de realizar o ejecutar cualquier acto o contrato que pueda comprometer la aprobación del proyecto o alterar significativamente la relación de canje de las acciones o participaciones, hasta la fecha de las juntas generales

o asambleas de las sociedades participantes convocadas para pronunciarse sobre la escisión.”

Nos interesan ahora la función y la escisión, mecanismos que revelan fundamentalmente los propósitos de concentración societaria, respectivamente. En ambos casos es el directorio el órgano que apruebe el proyecto (de función o de escisión, según corresponda) y es la junta general el órgano que acuerda la operación (igualmente, de fusión o de escisión). En este orden de ideas, aprobado al proyecto y hasta que se acuerde la operación, el directorio deberá abstenerse de realizar actos significativos (obligación de no hacer). (pág. 180)

6. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EN NUESTRA LEGISLACIÓN SOCIETARIA PERUANA

6.1. ACUERDOS O ACTOS CONTRARIOS A LA LEY O AL ESTATUTO

Los directores son responsables por no cumplir principalmente las obligaciones que señalan la ley o el respectivo estatuto de la sociedad anónima que representan y gestionan. Por ello, que la Ley General de Sociedades en todo el texto normativo ha prescrito obligaciones específicas de forma expresa, en determinados artículos tales como artículo 7, artículo 12, artículo 18, artículo 24, artículo 40, artículo 162, artículo 179, artículo 180, artículo 218, los cuales analizaremos más adelante como parte de los deberes específicos que los administradores están obligados a cumplir.

Para el autor Torres Morales¹⁵¹, este supuesto se trata pues de una causal “objetiva”, ya que la responsabilidad se genera por una actuación u omisión contraria a la ley o al estatuto, con prescindencia de si el Director o Directores han desempeñado mal su cargo, si han sido negligentes o imprudentes. Basta

¹⁵¹ TORRES MORALES, Carlos, “La responsabilidad de los directores”, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa – Balance de la ley General de Sociedades a 3 años de su vigencia*, N° 52, Lima, 2000, p. 5.

la constatación del quebranto del orden jurídico y que dicho quebranto genere daños y perjuicios, para que surja la responsabilidad del Director.

Nosotros no nos adherimos a dicha posición, ya que consideramos que este no es un supuesto objetivo, decir actos contrarios a la ley o al estatuto es un supuesto muy general, para que sea un supuesto de responsabilidad objetiva debe ser específico, además cuando estamos dentro de un supuesto de responsabilidad objetiva, es prescindible el análisis de dolo o culpa inexcusable, la cual se contradice con lo dicho por el mismo autor, que expresa lo siguiente, “cada una de estas “acciones” u “omisiones” establecidas por la ley y aquellas que estén contempladas expresamente en el estatuto, deben ser materia de una razonada evaluación en la oportunidad que se produzcan, con el fin de determinar el grado de participación de cada uno de los directores, la jerarquía de la norma violada, la intencionalidad (si fuera posible) con que se actuó o se evito la actuación y finalmente la magnitud de los daños y perjuicios.”

Siendo coherentes con lo señalado por el mismo autor, precedentemente, si estamos ante una responsabilidad objetiva, ¿Por qué tendríamos que analizar la intencionalidad? ¿Tendríamos que hacer una razonada evaluación?, creemos que no, por ello no tiene coherencia lo señalado entre uno y otro párrafo.

Además, entendemos que de la interpretación de las normas societarias así como las normas del Código Civil (aplicadas por el principio de supletoriedad) la responsabilidad civil de los directores no es una responsabilidad objetiva, aún en cuando los directores deban cumplir con determinados deberes específicos, ello no implica que no se va a analizar la diligencia con la que actuó o ver si no cumplido con el deber de lealtad, por ello concluimos que la responsabilidad aplicable es meramente subjetiva.

6.2. DOLO Y ABUSO DE FACULTADES

Tanto a acción como la omisión en los actos de los directores puede circunscribirse en una acción dolosa o abuso de facultades, siempre en cuando cause daño a la sociedad, accionistas o terceros, los directores responderán.

Al configurarse el dolo, como criterio de imputabilidad estamos demostrando una vez más que el sistema de la responsabilidad civil de los directores es subjetivo y por tanto se analiza la conducta del director.

En relación al abuso de sus facultades que se les ha conferido. Los directores responden cuando defraudan los poderes otorgado y se exceden de ellos, consideramos que indicar, este supuesto como criterio más para imputar responsabilidad, es ocioso porque siempre debemos analizar la conducta del director, y si esta ha actuado con culpa *grave* o dolo, es decir faltando el deber de diligencia, o violando la ley o los estatutos, o ha actuado faltando a su deber de la lealtad el director va responder; por tanto si un director realiza un acto abusando de sus facultades, se entiende que se enmarca dentro de la negligencia o dolo se entiende.

6.3. NEGLIGENCIA GRAVE

Nuestro ordenamiento jurídico en el aspecto societario limita la responsabilidad solo a negligencia grave o culpa inexcusable, es decir para imputar de responsabilidad al director tiene que actuar con imprudencia, no regula culpa leve ni la levísima que viene de la estructura tripartita o bipartita de la culpa de los romanos, situación que en otros países ya ha sido superado y no se hace ningún tipo de distinción sino simplemente regula la culpa en sentido amplio.

La culpa grave o negligencia grave consiste en no comprender lo que cualquiera hubiese comprendido. La culpa leve tiene dos acepciones. La culpa leve en abstracto es no actuar con la diligencia que hubiera tenido un buen padre de familia. La culpa leve en concreto es no poner en ese negocio la

diligencia que habitualmente pone el sujeto en sus otros negocios. La culpa levísima tomo como paradigma de comparación un muy buen padre de familia, o un experto en la materia.¹⁵²

Nuestra LGS, es preciso en señalar sólo la culpa grave o negligencia grave, no menciona a la culpa leve ni levísima, excluyendo así cualquier posibilidad de demandar al director por incumplimiento así haya generado un daño, la valla para interponer una demanda ante el poder judicial por algún daño generado por el director es muy alta.

Por ello debería simplemente indicarse, la culpa sin ningún límite, ya que la individualización de los cánones de normalidad es concretamente confiada al juez; por otro lado, si este último decide de acuerdo con sus convicciones, emite de todas formas un juicio conforme con un dato normativo. Si dicho dato normativo cobra consistencia a través de la interpretación jurisprudencial, esto debe entenderse en relación con la constante y compleja obra de la jurisprudencia, a la que puede reconocerse, entonces, una función que vuelve relevante la conciencia social¹⁵³.

6.4. INCUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA

El órgano superior al directorio en una sociedad vendría hacer la Junta General por ello en caso los directores no ejecuten los acuerdos de la Junta General, estarían incurriendo en un supuesto de responsabilidad.

Sin embargo, los directores pueden incumplir los acuerdos de la junta en tanto estos no sean contrarios a ley o el estatuto; es decir los directores por tener una función totalmente discrecional puede optar por no cumplir los acuerdos de la junta si lo considerasen ilegales o en contra del estatuto ya que los intereses que siempre se tiene que sobreponer es el interés de la sociedad.

¹⁵² O'DONNELL, Gastón A., "La culpa como factor de atribución de responsabilidad de directores de sociedades anónimas y la gobernanza corporativa", cit., pp. 114- 115.

¹⁵³ BIANCA C., Massimo, "La negligencia en el derecho civil italiano", cit., p. 361

En conclusión, podemos señalar que, dicha clasificación es tradicional y criticable pues sugiere la idea de una jerarquía que no existe, en ese sentido Paul Didier¹⁵⁴ distribuye los hechos en diversas categorías la violación de los mismos estatutos constituye también la mayoría de veces una infracción a las disposiciones establecidas por la ley y también una falta de gestión por culpa.

7. ACCIONES RESARCITORIAS

7.1. ACCION SOCIAL

La doctrina denomina acción social aquella que entabla la sociedad contra los administradores, directores y comisarios que le han causado un perjuicio con sus faltas.¹⁵⁵

A fin de salvaguardar los intereses de la sociedad, la ley ha dispuesto una acción, siempre y cuando, exista un daño a la sociedad causado por los directores, la pretensión social de responsabilidad contra cualquier director le corresponde a la sociedad.

La acción pertenece a la sociedad, la cual es pues libre de no ejercerla. La renuncia de la sociedad al ejercicio de la acción resultaba en la legislación anterior del voto del quitus (...) ¹⁵⁶

El perjuicio social, es aquella que atenta a toda la sociedad es decir a la colectividad de accionistas y esta acción social tiene al mantenimiento o reconstrucción del fondo social¹⁵⁷

¹⁵⁴ DIDIER, Paul, *Thémis Droit Privé- Droit Commercial 2/L' entreprise en société*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993, p. 285.

¹⁵⁵ RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial- Sociedades*, cit., p. 425.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 426.

¹⁵⁷ Didier, Paul, *Thémis Droit Privé - Droit Commercial 2/ L'entreprise en société*, cit., pp. 284-285.

Sin embargo, la ley establece también que los accionistas que representen por lo menos un tercio del capital pueden ejercer directamente la pretensión social de responsabilidad contra los directores siempre en cuando se pretenda salvaguardar los intereses de la sociedad y no intereses particulares, así también no debe existir ningún acuerdo de no interponer demanda de responsabilidad contra los directores. Excepcionalmente, luego de haber transcurrido tres meses desde que la junta decidió interponer la demanda de responsabilidad cualquier accionista de la sociedad puede iniciar el proceso.

Los acreedores de la sociedad también pueden ejercer la pretensión social cuando el daño causado por los directores afecta al patrimonio social y constituye un riesgo al cobro de sus acreencias; siempre que dicha acción no haya sido ejercida por la sociedad y otros accionistas, que se trate únicamente de reconstituir el patrimonio neto de la sociedad, los actos materia amenacen gravemente la garantía de sus créditos.

Según señala Galgano en Italia, la responsabilidad de los administradores se puede constituir materia de transacción o renuncia a la acción por parte de la sociedad; pero es necesario que la transacción o la renuncia sea aprobadas por la asamblea, y siempre que no se oponga a ello el voto contrario de una minoría de socios que represente por lo menos la quinta parte del capital social (artículo 2393)¹⁵⁸

Esta acción tiene como presupuesto que se haya causado algún daño a la sociedad y tiende a la defensa de los intereses sociales, dicha acción debe ser ejercitada por la sociedad, sin embargo a falta de actuación de éstos lo hacen los accionistas que representen el 5% del capital social, y por último los acreedores siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.¹⁵⁹

¹⁵⁸ GALGANO, Francesco, *Derecho comercial, las sociedades*, cit., p. 376.

¹⁵⁹ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, cit., p. 248.

Broseta¹⁶⁰ opina que la Ley española establece un sistema de legitimación «en cascada» o subsidiaria. Primero le pertenece la legitimación a la propia sociedad, segundo cuando los **accionistas** que sean titulares, al menos de un 5 por 100 del capital social, podrán solicitar de los administradores la convocatoria de la Junta general (porque no han tomado la iniciativa los administradores) para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad; también podrán ejercitar conjuntamente dicha acción social (reclamando en interés de la sociedad) en estos tres casos: cuando los administradores no convoquen la Junta general solicitada por aquéllos, cuando la sociedad no entable la acción dentro del plazo de un mes desde que la Junta general hubiese acordado hacerlo, o cuando el acuerdo de la Junta general hubiera sido contrario al ejercicio de la acción de responsabilidad (art. 134.4 de la Ley de Sociedades Anónimas española).

En resumen, también podrán ejercitar la acción social los acreedores de la sociedad cumpliendo ciertos requisitos. En primer lugar, es preciso que no haya sido ejercitada por la sociedad ni por sus accionistas minoritarios. Se trataría por tanto de una legitimación alternativa, la ley no establece plazo para que la sociedad ejerza la acción el mismo tiene que ser en un periodo razonable, en segundo lugar, para entender legitimados a los acreedores es necesario que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos

En esta acción social, ni los accionistas ni los acreedores reclaman para sí, sino directamente para la sociedad y sólo de manera indirecta en su propio interés¹⁶¹

7.2. ACCION INDIVIDUAL

Los directores también pueden causar daño directo a los accionistas de la sociedad o de cualquier tercero, esta pretensión se diferencia de la pretensión

¹⁶⁰ BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, cit., pp. 417- 418.

¹⁶¹ Ibídem, pp. 418- 419.

social porque el daño es directo al patrimonio al accionista o a un tercero pues la pretensión social es un daño generado al patrimonio social.

La acción individual presupone que el lesionado directamente son los intereses de los socios o terceros por actos de la administración, por ello se señala que debe de existir: a) el daño directo a los socios o terceros b) que se trate de un acto de los administradores en el ejercicio de su cargo, c) ilicitud de la acción y omisión de los administradores, que se ha medido por la jurisprudencia con los mismos cánones de la acción social, d) relación de causalidad, entre el acto ilícito del administrador y el daño sufrido¹⁶²

Es la que se ejercita separadamente por los accionistas —cualquiera que sea su participación en el capital— o por los acreedores, contra los administradores para buscar la reparación de la lesión directa que éstos hayan causado en sus intereses individuales; la acción individual ha adquirido una relevancia enorme, pues son muchos los casos en que la misma se plantea, especialmente por terceros insatisfechos en relaciones comerciales con la sociedad (básicamente suministros que resultan impagados por la sociedad, especialmente cuando la .sociedad se encuentra en situación financiera muy delicada).¹⁶³

Sánchez Calero¹⁶⁴, señala que existe jurisprudencia de audiencias provinciales en España que, resuelven casos relativos al ejercicio por parte de terceros de acciones individuales de responsabilidad contra los administradores, califican su responsabilidad como contractual porque el crédito del tercero frente a la sociedad tenía su origen en el incumplimiento de contrato. Esta calificación se las sentencias confunde el origen de la responsabilidad de los administradores con el que sirvió de fundamento al crédito del tercero frente a la sociedad. Porque efectivamente este crédito deriva de ese incumplimiento, sino de que han llevado a cabo los propios administradores actos contrarios a sus propios

¹⁶² SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, cit., p. 249.

¹⁶³ BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, cit., pp. 419- 420.

¹⁶⁴ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, “Sobre el ejercicio de acción individual de responsabilidad de los administradores”, en *Vniversitas Jurídica*, N° 100, diciembre, Bogotá, 2000, p. 290-291.

deberes impuestos por la ley y especialmente, por no haber desplegado la diligencia con la que deben desempeñar a su cargo de administrador.

¿Cuándo hay un daño a los acreedores sociales por parte de los administradores de la sociedad deudoras?, es una pregunta que se formula y responde, Richard Efraín¹⁶⁵, el daño que llamaríamos directo, pues el indirecto se cubriría a través de una acción subrogatorio u oblicua. La acción oblicua abriría el camino ante tesis restrictivas, pues los acreedores sociales podrían ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores que perjudicaron el patrimonio social. También resolvería uno de los problemas intragrupo, actuando como una suerte de acción derivativa. Las acciones derivadas aparecen como una forma de expresión de la acción subrogatoria u oblicua. La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el daño o perjuicio y permite la división de las acciones de responsabilidad en social o individual. En la segunda se legitima a los accionistas y terceros individualmente y no depende ningún trámite previo. El acreedor social dispone de la acción de responsabilidad contra los administradores sociales cuando estos contaren la obligación por la sociedad en estado de cesación de pagos, aunque la sociedad abra su concurso o se produzca la quiebra de la misma.

El tratamiento jurisprudencial otorgado en Alemania a los *Neugläubiger* o acreedores nuevos,¹⁶⁶ que los son por contratos celebrados con la sociedad cuando ya los administradores sabían o debían saber que la sociedad estaba en insolvencia por lo que debían haber solicitado la declaración judicial del concurso (Sentencia BGH de 30 de marzo de 1998 en NJW, 1998,2667), la acción individual por daño personal reconocida a los acreedores en Derecho francés, y la aplicación de la acción individual del artículo 2395 del Código Civil italiano y 135 de la LSA española. La provocación de la insolvencia de la

¹⁶⁵ RICHARD EFRAÍN, Hugo, "Acción Individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios", en *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos*, Legis, Buenos Aires, 2009, pp. 400- 403.

¹⁶⁶ VICENT CHULIÁ, Francisco, "La Responsabilidad de los Administradores en el Concurso", cit., pp. 192- 193.

sociedad no produce un daño directo en el patrimonio de los acreedores, sino en el patrimonio social. Pero se ha reconocido una notable amplitud de la acción individual por daño directo al incluir como tal los siguientes supuestos: 1) la celebración de contratos o la continuación de los contratos duraderos preexistentes celebrados con la sociedad en situación de insolvencia actual de esta, por incumplimiento de los administradores de los deberes de información y de protección del patrimonio social mediante el cumplimiento del deber legal de solicitar la declaración del concurso, 2) los pagos realizados en dicha situación a algunos acreedores, atentando contra el principio de *par conditio creditorum*, que determinan un daño directo a los demás acreedores en la cuota en que su crédito resulte perjudicada por aquellos pagos¹⁶⁷.

7.3. DIFERENCIAS DE LAS ACCIONES RESARCITORIAS

(...). La diferencia proviene solo de la naturaleza del perjuicio¹⁶⁸: si es causado directamente al patrimonio de un accionista, por ejemplo una malversación de los dividendos, solo el accionista puede intentarla. Si el perjuicio se ha causado al patrimonio social, es el accionista portador del título quien puede entablarla. La acción de daños y perjuicios se transmite con el título, pues protege el derecho individual del accionista.

En relación a la distinción entre la acción individual y la acción social continua señalando Ripert, que es neta (pues basta con atender al patrimonio directamente dañado), sin perjuicio de que en la práctica no siempre resulte tan clara la distinción. No en vano a menudo se hacen pasar por acciones individuales lo que no son más que reclamaciones por daños indirectamente sufridos como consecuencia del daño que directamente sufre la sociedad, porque lo procedente hubiera sido plantear la acción social. Puede ejercitarse además de la acción social de responsabilidad y al margen de ella, o sin que ésta se haya ejercitado.

¹⁶⁷ VICENT CHULIÁ, Francisco, "La Responsabilidad de los Administradores en el Concurso", cit., p. 202.

¹⁶⁸ RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial- Sociedades*, cit., p. 429.

8. CAUSAS DE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Si el administrador en cuestión no asistió a la reunión en la que se adoptó el acuerdo lesivo, es necesario que no haya tomado parte en la posterior ejecución del mismo (pues con ello estaría ratificándolo). Además, será necesario, —y esta sería la primera alternativa— probar que «desconocía la existencia» del acuerdo. No obstante, es discutible que cualquier ausencia y desconocimiento —incluso la de quien deja de asistir a las reuniones por indolencia— pueda merecer la exoneración, más correcto es entender necesaria la inasistencia y desconocimiento «no negligentes». La segunda alternativa, para el caso de que se tenga conocimiento del acto, es que se haya hecho «todo lo conveniente» para evitar el daño (aunque no lo diga, la Ley parece estar pensando en la impugnación del acuerdo).

En el caso de la asistencia a la reunión, no bastará con abstenerse y con «salvar el voto», sino que será necesario, haber votado en contra (a efectos de preconstituir prueba es conveniente dejar expresa constancia de la oposición en el acta de la reunión). en fin, tampoco exonerará de responsabilidad a los administradores el hecho de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general (art, 13,1.4).

Desde un punto de vista práctico, la exoneración individual reviste enorme importancia también en aquellos casos de administradores que hayan dejado de pertenecer al órgano de administración (p. ej.: por dimisión notificada fehacientemente a la sociedad), cuando tal cese no haya tenido acceso al Registro Mercantil, habiéndose producido el acuerdo lesivo ya en ausencia del administrador. Se plantea aquí el problema de saber si el administrador seguirá respondiendo en tales casos. Aunque los terceros puedan seguir considerando a esa persona como administrador (pues en el Registro sigue apareciendo como tal), por lo que en principio podrían demandarlo, ha de considerarse que será de aplicación la causa de exoneración prevista en el artículo 133.3 LSA (concretamente, por no haber intervenido en su adopción y desconocer su existencia).

Esta forma de exceptuar de responsabilidad limita aparentemente de manera injustificada el concepto de culpa, limita la responsabilidad cuando un director que no participó de un acto ilícito, así haya podido y tenido el deber de conocer. No obstante, la limitación debe tenerse solo como aparente porque si se realiza una interpretación integral el articulado hay que llegar a la conclusión que tanta responsabilidad genera el comprobar el hecho y no adoptar las medidas adecuadas.¹⁶⁹

9. COMPUTO DE PLAZO DE CADUCIDAD

Los afectados por algún daño ocasionado por los directores, de acuerdo a la situación a la que se encuentren tienen la posibilidad de ejercer tanto la acción social como la acción individual dentro de un plazo determinado para reclamar, caso contrario caduca su derecho a acudir a las instancias correspondientes a fin de salvaguardar sus intereses.

Por ello, ambas acciones deberán iniciarse dentro de los dos años siguientes a la adopción del acuerdo o de la realización del acto que originó el daño (artículo 183° LGS).

La LGS determina un plazo de “caducidad” distinta a la prescripción del código civil para los temas de responsabilidad, señalando que caduca a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo.

Es necesario resaltar lo señalado puntualmente por Enrique Normand Sparks¹⁷⁰, en su calidad de presidente de la Comisión que elaboró el proyecto de la LGS, quien en la presentación de este, considerada como una exposición de motivos, puntualiza lo siguiente: *Todos los plazos de la ley se han convertido en plazos de caducidad. Se han eliminado los pazos de prescripción. El*

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, "La responsabilidad civil de los administradores de sociedades", en : www.rodriquezazuero.com, 18/01/2011.

¹⁷⁰ NORMAND SPARKS, Enrique. "Presentación del Proyecto de Ley General de Sociedades", en *El Peruano*, Lima, 23/04/1997.

derecho societario es un derecho rápido, dinámico, es un derecho que debe ser claro y muy bien delimitado. En consecuencia, no se condice con la prescripción, que tiene elementos como la suspensión, la interrupción y la necesidad de ser invocada. Contrapuesta a ella, la caducidad mata el derecho y la situación queda determinada de manera clara y definitiva.

Sin embargo, es preciso señalar que de la revisión en distintos ordenamientos del civil law, se habla para estos supuesto de plazos de prescripción y no de caducidad, por ejemplo en España¹⁷¹, el plazo de *prescripción* de la acción para reclamar contra los administradores por la vía del artículo 135 cuando quien reclame sea por ejemplo, un acreedor tercero, será por consiguiente el de un año (y no los cuatro años del art. 949 Código Civil español). Se trata, con todo, de una afirmación controvertida y no faltan en la jurisprudencia ejemplos de aplicación de dicho plazo cuatrienal del artículo 949 Código Civil español.

El objeto inmediato o directo de la prescripción son las facultades jurídicas y, más concretamente, dentro de ellas las facultades de exigir¹⁷².

Las funciones de la prescripción¹⁷³, examinada desde un contexto de certidumbre, son, primero en el caso particular, la de extinguir la situación de ventaja que se pretende hacer valer en beneficio del titular de la situación jurídica correlativa de desventaja, y en segundo en relación a la sociedad, la de asegurar el tráfico, asegurando a los terceros en la sociedad la realidad de las apariencias (mediante la consolidación de esta última). (...)

¹⁷¹ BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, cit., p. 420.

¹⁷² DIEZ -PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. "En torno al concepto de prescripción", en *anuario de derecho civil, Madrid: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, (octubre – diciembre), 1936, fascículo V, tomo XVI, p.987

¹⁷³ CUEVA GARCÍA, David. "Indagaciones heréticas en torno a la prescripción extintiva". en: *Ius et Veritas*, año, N° 21, Lima, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 106.

Es el nacimiento y la terminación o desvirtuarían de derechos en virtud de su ejercicio continuado o de su no ejercicio continuado y, en consecuencia, se distingue la prescripción adquisitiva de la prescripción extintiva¹⁷⁴.

En efecto, el Código Civil las diferencia con nitidez, pese a las confusiones que ofrecen, pues para la prescripción extintiva se extingue la acción, que debe interpretarse como la pretensión, mas no el derecho (artículo 1989º), mientras que para la caducidad se extingue el derecho y la acción correspondiente (artículo 2003º), ya no entendida como pretensión sino como el derecho de acción, esto es, como derecho a la jurisdicción¹⁷⁵.

Modo o medio con el cual, mediante el transcurso del tiempo, se extingue y se pierde un derecho subjetivo por efecto de falta de ejercicio¹⁷⁶.

En la caducidad¹⁷⁷ se protege el interés general en una pronta incertidumbre de la situación pendiente de modificación, la caducidad es automática y puede el juez acogerla de oficio. Para la caducidad basta con que el acto de ejercicio sea extemporáneo sin más. En cambio, en la prescripción el acto de ejercicio tiene que ser además intempestivo, es decir, objetivamente inesperado dado el tiempo transcurrido.

Ahora bien, a pesar que otro ordenamiento señalan que es un plazo de prescripción nuestro legislador ha decidido regular la caducidad, en nombre del dinamismo que siempre será característica fundamental del derecho societario.

¹⁷⁴ ENNECERUS. *Tratado de Derecho Civil*. T. I. Parte General III. Vol. 2, pp. 1009-1010.

¹⁷⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando “En torno a la prescripción extintiva”, en *Revista Oficial del Poder Judicial*, Año 3, Nº 5, Lima, 2009, p. 236

¹⁷⁶ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil Y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, tomo II, p.610

¹⁷⁷ DIEZ – PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. cit., p. 999.

10. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRECTORES

Es importante señalar, antes de explicar la responsabilidad penal para los administradores que, el derecho penal establece en su artículo 27° que, “El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.”

Con ello queda claro que la persona jurídica no puede ser sujeto activo de un delito de acuerdo al principio *societas delinquere non potest*, ya que esta calidad sólo la tiene la persona natural, aun cuando se le pudiere imputar de responsabilidad penal a la persona jurídica siempre queda latente la necesidad de buscar a la persona que realizó el delito.

Señala Ivan Meini¹⁷⁸ que esta situación es conocida en dogmática como "escisión de los elementos especiales", y significa, para decirlo con terminología que emplea el Código Penal, que quien detenta el elemento que fundamenta la punibilidad no actúa, sino que la acción u omisión la lleva a cabo un representante que no cuenta con los elementos que fundamentan la punibilidad (*extraneus*). En este sentido, el artículo 27° Código Penal, constituye una cláusula de extensión de la autoría, pues permite considerar autores a quienes en principio no lo pueden ser por adolecer de un elemento especial de autoría; por tanto, se imputa al sujeto los elementos especiales del delito especial que recaen en la persona jurídica representada.

Una vez que hemos señalado, que el representante cualquiera sea su condición siempre responde en nombre de la sociedad, enmarcamos nuestro estudio sobre la responsabilidad penal que pudiera corresponder a los directores por los daños ocasionados. (Artículo 198-199 Código Penal

¹⁷⁸ MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio, “Actuar en lugar de otro”, en *Código Penal Comentado*, Tomo I, Gaceta Jurídica, 1ed., 2004, Lima, pp. 979- 989.

Peruano), además de la responsabilidad civil que haya surgido y en este supuesto incluye, tanto a la sociedad, accionistas o terceros perjudicados.

En ese sentido, consideramos al igual que Martínez Huamán¹⁷⁹, la conducta delictiva del administrador o director no está dirigida a defraudar expectativas de que la persona jurídica no ocasionara un daño a su entorno social, tratando de evadir su responsabilidad penal a través del aprovechamiento de la compleja estructura de la persona jurídica (verticalidad, horizontalidad, división de trabajo, etc.), sino que, aprovechan las facilidades dadas por el propio sistema de funcionamiento de la persona jurídica, y la confianza que se le ha depositado, para actuar de forma desleal, lesionan los propios intereses de la persona jurídica, generándole grandes perjuicios económicos.

Por ello, de manera coherente con el sistema societario en materia penal también se ha regulado el fraude en la administración de personas jurídicas, el cual en su artículo 198° señala que, “será reprimido con pena privativa de la libertad no menos de uno ni mayor de cuatro años el que ejerciendo sus funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los siguientes actos:

- 1.- Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de partidas contables.
- 2.- Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.
- 3.- Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones títulos o participaciones.

¹⁷⁹ MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto, “Administración desleal del patrimonio de la persona jurídica: Breve análisis de la reciente modificación del artículo 198° del Código Penal Peruano”, vide: <http://www.derechopenalonline.com>, 05/06/2011.

- 4.- Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.
- 5.- Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.
- 6.- Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.
- 7.- Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.
- 8.- Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.”¹⁸⁰

El ilícito de fraude en la administración de personas jurídicas, presupone que el agente, el sujeto activo del delito, debe ser un administrador o representante de la sociedad, es decir que tenga facultades que la sociedad le ha otorgado, sin esa condición, no puede imputarse a cualquier persona este tipo.

En lo referente al perjuicio patrimonial, señala Martínez Huamán¹⁸¹, que se deriva de la administración desleal del patrimonio, el tipo penal no exige que la conducta del autor cause de forma material un perjuicio al patrimonio social, para que de esta forma se configure el delito; adoptando de esta forma, como bien señala Reyna Alfaro, el modelo alemán de Untrue o infidelidad. Ello quiere decir, que bastará con poner en peligro el patrimonio, ya que el tipo penal sólo exige que se actúe en perjuicio de la persona jurídica o terceros; pero el peligro no debe entenderse como uno de peligro abstracto; sino, en base a un derecho penal de ultima ratio, que con la acción delictiva tendría que existir una posibilidad real de lesión del patrimonio del administrado. Es decir, que el administrador tendrá que ocasionar un peligro concreto al patrimonio. No basta con que el agente delictivo realice la acción delictiva (basta con el mismo para la configuración del delito de peligro abstracto), sino que tiene que existir un peligro real para el patrimonio administrado. Si no se interpreta de esta manera se estaría utilizando de forma irracional el Derecho penal, pues no hay que olvidar que ya Ley General de Sociedades castiga estos actos de deslealtad,

¹⁸⁰ Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 29307, publicado el 31/12/08

¹⁸¹ MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto, “Administración desleal del patrimonio de la persona jurídica: Breve análisis de la reciente modificación del artículo 198º del Código Penal Peruano”, cit.

con sanciones como la remoción de su cargo, la indemnización a la sociedad, entre otros; no requiriendo para ello el peligro concreto de lesión o la lesión material del patrimonio; siendo estas sanciones un mecanismo adecuado para prevenir las conductas desleales al nivel societario. Por lo tanto, para la configuración del tipo penal, el administrador tendrá que poner en peligro concreto o lesionar el patrimonio de la persona jurídica o de terceros vinculado a ella. Ahora bien, este perjuicio debe ser entendido no sólo como la disminución del patrimonio social, sino también con la posibilidad de haber tenido un aumento del patrimonio, es decir cuando el administrador haya dejado de obtener beneficios para la persona jurídica estando, en base a sus obligaciones, en la posibilidad de hacerlo.

Además es preciso señalar lo que también señala Ivan Meini¹⁸², sobre la responsabilidad del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados a título de comisión por omisión se fundamenta, al igual que cualquier otro delito de comisión por omisión, en el dominio que se tiene respecto a la causa del resultado. Este planteamiento, trasladado al ámbito empresarial, importa un dominio por parte del órgano de dirección sobre las personas, y sobre los procesos y elementos de la empresa. La causalidad hipotética debe ser descartada del ámbito de los delitos omisivos y reemplazada por el criterio de incremento del riesgo.

¹⁸² MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio, "Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados", en *Revista Derecho*, N° 52, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1999, pp. 883- 914.

CAPITULO SEXTO

EL LIMITADO SISTEMA DE REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES

1. EI REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES: SITUACIÓN ACTUAL

Desde la aparición de la primera sociedad por acciones se ha necesitado hacer un balance entre la libertad para conducir el negocio y el alcance del abuso del poder directoral que ha sido reconocido.¹⁸³

Por ello, los directores de una sociedad anónima deben de seguir determinados patrones de conducta, patrones que deben de ceñirse a la Ley, el estatuto y las costumbres comerciales. Sin embargo, en el ejercicio de los derechos establecidos por ley o por los estatutos para los administradores deben utilizar la diligencia requerida por la naturaleza del cargo: Esto no significa, necesariamente, que los administradores deben ser expertos en contabilidad, o la seguridad financiera, o conocer todos los ámbitos de gestión y de administración de la empresa social. Significa que su decisión debe ser informada y reflexiva, basada en sus conocimientos y el resultado de un riesgo calculado, no debe existir improvisación, es decir no debe tener un comportamiento descuidado.¹⁸⁴

Es oportuno describir lo que señala la jurisprudencia italiana, pues la Corte di Cassazione de Italia en su sentencia n. 18231 de fecha 12 de setiembre de 2009¹⁸⁵, señalaron que la responsabilidad que se les imputa al administrador no se basa en la violación de leyes específicas o las disposiciones legales sino por

¹⁸³ GRANTHAM, Ross, "The content of the director's duty of loyalty", en *Journal of Business Law*, Sweet & Maxwell, marzo, 1993, pp. 149- 167.

¹⁸⁴ LUMINI, Emanuele, "Responsabilita degli Amministratori di Societa: Il Dovere di Diligenza", vide: www.goriravagli.it, 06/06/2011, p. 1.

¹⁸⁵ Sentencia citada en: LUMINI, Emanuele, "Responsabilita degli amministratori di societa: il dovere di diligenza", cit., p. 1.

el incumplimiento del criterio general de los cuidados requeridos por la naturaleza del cargo, por ello la Corte Suprema condenó a los ex directivos de una entidad financiera a pagar los daños causados.¹⁸⁶

En nuestro ordenamiento jurídico la Ley General Sociedades, regula de manera específica la responsabilidad civil de los directores especialmente desde su artículo 177° y ss.; sin embargo, no podemos dejar de lado los principios y conceptos fundamentales que los rigen la regulación en materia de responsabilidad en el código civil, ya que ambos cuerpos normativos no son excluyentes entre sí, toda vez que pueden ser aplicados de manera concordada, de ser el caso, claro está sin afectar al principio de especialidad que involucra tener una norma especial (La Ley General de Sociedades)

Asimismo, consideramos que la conducción de una sociedad anónima de parte de los administradores o directores -para el caso peruano- ha ido fortaleciéndose de manera progresiva, el nivel técnico, para la administración, gestión y representación de la industria de una sociedad se ha ido incrementando, por ende el poder que se les otorga es mayor, comparándose con el poder ejecutivo de un país, generando lo que Berle and Means¹⁸⁷, describen como *Managers Revolution*.

Esa situación se produce por varios aspectos, el primero es la separación entre la propiedad, representado por los accionistas, y la administración, representado por los directores; y éste fenómeno se ve con mayor claridad en las grandes sociedades anónimas, pues los socios han debilitado su *affectio societatis* y simplemente no acuden a las juntas generales y si acuden su aporte en la administración es nula, con lo cual resulta para los directores más fácil de manejar o controlar las juntas generales.

¹⁸⁶ A pesar que los administradores de la sociedad financiera habían señalado que no han violado ninguna disposición específica de la ley y que las condiciones del mercado eran desfavorables, la Corte Suprema de Italia no aceptó tales argumentos, y los condenó por no cumplir con la norma general de diligencia de su cargo.

¹⁸⁷ BROSETA PONT, Manuel, "La responsabilidad de los administradores", en *estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, Tomo I, 1ed., instituto de investigaciones jurídicas UNAM, México, 1989, p.250.

El segundo aspecto del incremento del poder de los directores es la tecnificación que han alcanzado, hay administradores de empresas, abogados ingenieros especializados, que parte de su vida profesional se encuentra dedicada a la administración de las sociedades, y ello se debe a una razón fundamentalmente, cada vez el mundo globalizado necesita de personas competitivas, porque administrar, gestionar o representar es más complejo.

El tercer aspecto, es la proliferación de grupos empresariales o grupos de sociedades que van consolidando lazos y otorgando a los directores la dirección no solo de una de sus empresas sino de todo el grupo empresarial, pues la complejidad que reviste el administrar todo un grupo de sociedades necesita de administradores que se encarguen de la gestión en su conjunto.

En el ámbito de la responsabilidad societaria de los Directores, esto es, en la Ley General de Sociedades, consideramos que las normas específicas sobre responsabilidad civil de los directores, resultan ser muy “flexibles”, revelándose la flexibilidad de esta manera en la valla que impone el artículo 177° de la LGS - sobre la negligencia grave- lo que termina siendo, en el ámbito jurisdiccional, muy difícil de probar, ya que como hemos manifestado quien afirma tiene que probar por tanto los perjudicados por alguna mala o desleal conducta tendrían que probar que hubo negligencia y así como se encuentra dispuesta la norma, actualmente, debe de probar que hubo negligencia grave.

Es por ello que, dentro del ámbito jurisdiccional la presencia de jurisprudencia en este tema es nula, en ese contexto nos sugerimos algunas preguntas como por ejemplo: ¿Acaso los Directores actúan siempre sin infringir normas de conducta?, ¿La sociedad, los socios y terceros se *encuentran realmente protegidos* con dicha normativa?

Es erróneo pensar que todos los directores de las sociedades anónimas en el Perú actúan con absoluta diligencia, por ello consideramos, que es el sistema de responsabilidad de los directores no se encuentra realmente protegido,

siendo ello así concluimos que tanto la sociedad, como los socios y terceros perjudicados no se encuentran protegidos y por tanto, se está limitando su derecho de acción, y peor aún está generando la inaplicabilidad a la norma, lo que a largo plazo implica gran desconfianza en el mundo empresarial peruano.

Asimismo, en la presente sección de este capítulo desarrollaremos si es posible aplicar la culpa profesional a nuestros directores de sociedades anónimas o ello resulta irrelevante y solamente es una experiencia doctrinaria.

Nos respondemos también, si es posible hacer alguna exoneración o limitación estatutaria a nivel de responsabilidad civil de los directores, si hay alguna coalición entre la autonomía privada y la seguridad jurídica, qué principio privilegiaríamos.

2. ANÁLISIS Y PROPUESTAS

2.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO LÍMITE PARA LA CONDUCTA DE LOS DIRECTORES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA

Conforme a lo expuesto en el numeral primero de este capítulo, planteamos que la responsabilidad debe ser parte del *Límite* de todo el poder otorgado a los administradores, si no se pone inmediatamente un freno al actuar de los administradores, las juntas generales quedaran reducidas a repetir los actos, acuerdos y palabras de los administradores o *managers*.

Los administradores en la actualidad tienen una gran presencia dentro del aspecto económico y jurídico, ya que son parte importante de las sociedades anónimas y éstos son arquetipos del sistema neoliberal, un sistema que va creciendo e influenciando en todos los sistemas jurídicos.

La responsabilidad de los directores debe incrementarse porque a mayor poder de control y manejo de una sociedad anónima que tienen los directores mayor debe ser la responsabilidad jurídica que se regula. Además, cuando más

campo de acción tienen los directores las posibilidades de causar daño a la sociedad, a los accionistas o terceros aumentan.

Es por ello, que nos hemos propuesto revisar la estructura que rodea nuestro sistema de responsabilidad civil de los directores del cual llegamos a la conclusión que, los directores en primer lugar deben de desempeñar sus funciones, el no hacerlo puede constituir en una responsabilidad civil, y ello se debe a que el mundo de los negocios se desenvuelve con la toma de decisiones y este se encuentra a cargo de los directores; pero además de desarrollar las funciones encomendadas, esas funciones lo deben de hacer con diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal.

Sin embargo, por tratarse de una figura de responsabilidad civil, la conducta de los directores deben de causar un daño, el mismo que generalmente es una disminución o merma patrimonial, además ya que nuestro sistema es una sistema subjetivo tendrá que ser siempre y cuando haya faltado a su deber de diligencia incurriendo en dolo o culpa, tal como dice el artículo 177° de la LGS “ Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. (...)” (el subrayado es nuestro)

Analicemos bien, los supuestos bajo los cuales los directores responden según nuestra LGS, a) por acuerdos o actos contra la ley o el estatuto, b) o por los acuerdos o actos realizados con dolo, abuso de facultades, negligencia grave.

No cabe duda, tal como hemos desarrollado en el capítulo quinto, que la responsabilidad del director es una responsabilidad subjetiva, porque tiene que realizar todos sus actos y acuerdos con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, aún después de cesar sus funciones (artículo 171° de la Ley General de Sociedades); es decir para demostrar la responsabilidad del director hay que demostrar que hubo negligencia en su actuar, en la legislación societaria la culpa no se presume por tanto no hay

inversión de la carga de la prueba como si lo hay en el Código Civil, el sistema de responsabilidad civil se basa en quien afirma tiene que probar lo aseverado.

a) Por acuerdos o actos realizados incumpliendo la Ley o el estatuto de la sociedad que administran, se refiere que el director va a responder cuando incumpla las normas expresamente pactadas en la Ley General de Sociedades, así como en el estatuto, pues ambos documentos establecen deberes específicos que tienen que cumplir los directores en función del cargo encomendado, tal como se ha explicado en el capítulo quinto.

Cabe señalar, que en este supuesto no existe responsabilidad objetiva tal como señala Torres Morales¹⁸⁸, se trata de una causal “objetiva”, ya que la responsabilidad se genera por una actuación y omisión contraria a la ley o al estatuto, con prescindencia de si el directorio han desempeñado mal su cargo, o si han sido negligentes o imprudentes.

Consideramos que dicha afirmación no es correcta, toda vez que al considerar como responsabilidad objetiva hay que tener un supuesto específico que determine lo objetivo del caso, decir lo señalado por la ley engloba distintos supuestos que no podemos enmarcarlo dentro de la responsabilidad objetiva, es más el mismo autor señala párrafos siguientes que, la conducta de los directores debe ser materia de una *razonada evaluación* en la oportunidad que se produzca y además analizar, la *intencionalidad* con la que actuó del director, al señalar esas características es incidir en que nuestra responsabilidad civil de los directores es meramente SUBJETIVA.

Es preciso citar a Monateri¹⁸⁹, en relación a culpa y la responsabilidad objetiva, “la gran alternativa frente a la culpa es la responsabilidad objetiva. Esta hace que el dañador sea responsable (de los daños), independientemente del nivel de sus inversiones en prevención. Por lo tanto, no existe ningún nivel de

¹⁸⁸ TORRES MORALES, Carlos, “La responsabilidad de los directores”, cit. pp. 4-5

¹⁸⁹ MONATERI PIER Giuseppe, “Hipótesis sobre responsabilidad civil de nuestro tiempo”, en Estudio sobre la responsabilidad civil, trad. Leysser L. León, Ara editores, Lima, 2001, p. 122.

prevención que pueda salvar al dañador de la responsabilidad. Tampoco se impone (en un modelo “objetivo” puro) ningún estándar de diligencia de la víctima; en consecuencia, no existe ninguna “responsabilidad complementaria” en la que pueda incurrir la víctima”.

b) Por acuerdos o actos realizados con dolo, abuso de sus facultades o negligencia grave; este supuesto se refiere cuando los directores causan algún daño a la sociedad, a los socios o terceros realizando actos con dolo; es decir, realice actos con engaño, astucia que se emplee con malicia para causar daño. Se refiere abusos de facultades, cuando se exceden en las funciones encomendadas en la ley o en el estatuto pero sobre todo cuando los actos que realizan no se encuentran dentro del objeto social de la sociedad que administran, mencion aparte merece lo relacionado a los actos por negligencia grave, la misma que explicaremos en el acápite siguiente.

Ya que la perspectiva que tiene nuestra LGS a lo largo de su vigencia en relación a la negligencia grave, viene de una posición ya superada en distintos países del mundo, tal como hemos analizado en el capítulo cuarto, esta posición genera -a nuestro parecer- un problema central, pues los directores solo responderían en caso de culpa grave, que prácticamente es equiparable al dolo, y nosotros nos preguntamos por qué el legislador peruano para castigar conducta del director, establece que debe ser por culpa grave, dolo o abuso de sus facultades, entendemos que esa posición se encuentra formulada de acuerdo a la realidad que existía en esa época, es así que entendemos que ello se debe a la tendencia que se generaba en ese tiempo, pues se trataba de dar mayor flexibilidad a los administradores a fin de que generen más riqueza.

Sin embargo, en la actualidad, la concepción de sociedad anónima moderna, necesita de directores que posean un grado de especialidad en los negocios y en el objeto de la sociedad que van administrar, por lo tanto tener una especial diligencia, razón suficiente para exigir responsabilidad no sólo por culpa grava (negligencia grave) sino incluso en casos que exista sólo culpa leve.

Sin embargo, tal como señala jurisprudencia italiana, "el principio del deber de cuidado no incluye el deber de pericia, es decir el conocimiento personal por parte del administrador de una variedad de técnicas cuya aplicación puede ser apropiado para una mejor gestión, el administrador que no posea esa pericia no se puede exonerar de los principios fundamentales y esenciales de la profesión, con la consecuencia que si los administradores no adquieren esas reglas básicas, los directores antes de hacerse cargo están violando el deber de cuidado que recae sobre él"¹⁹⁰.

De ello se concluye que, para aceptar el cargo un director debe estar convencido e informado de lo que va realizar y se encuentra dentro de sus habilidades personales, no podemos improvisar un cargo que es sumamente central para el crecimiento de una empresa.

En nuestra opinión, el régimen de la responsabilidad civil de los directores de una sociedad anónima debe ser más rígida, no debe existir ningún rasgo para que el mal actuar de los directores quede impune, convirtiéndose dicha institución en un límite a la actuación de los directores; sin necesidad de aumentar supuestos específicos de conducta a seguir por los directores sino que la responsabilidad civil como institución debe estar realmente sólida para afrontar los cambios en materia mercantil.

Con la modificación de este régimen de responsabilidad civil de los directores, se cumpliría con una función que no es simplemente resarcitoria sino, como señala Franzoni¹⁹¹ que, "(...) a pesar de que la responsabilidad civil permite identificar un sujeto al cual imponer el costo del daño, hay que atender que su función no se limita a ello. La consideración que tales ilícitos asuman para el ordenamiento jurídico permite concluir, fundadamente, que la responsabilidad civil también apunta a sancionar el comportamiento del autor, con la finalidad de desalentar la repetición de los hechos".

¹⁹⁰ Cassaz. Civ. La sección I, n. 3483,4 de abril 98.

¹⁹¹ FRANZONI, Massimo, "La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones", en Estudio sobre la responsabilidad civil, trad. Leysser L. León, Ara editores, Lima, 2001, p. 227

2.2. NECESIDAD DE REGULAR LA CULPA LEVE EN EL PERÚ PARA LOS DIRECTORES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA

Hemos manifestado a lo largo de desarrollo de ésta investigación, que la sociedad anónima moderna, requiere de administradores especializados con mayores conocimientos en el área que va a gestionar, y además es indudable que el nivel de control que tienen los directores sobre la sociedad anónima se ha ido incrementando vertiginosamente.

Por ello, es necesario regular la culpa leve, como parte del incremento de la rigidez planteamos se inserte dentro de la regulación societaria sobre la responsabilidad civil de los directores la denominada *responsabilidad por culpa leve*, ya que la inclusión de este parámetro implicaría el incrementar el nivel de diligencia que debe tener un director –ya sea para operar una sociedad anónima cerrada o abierta– dado la importancia de su actuar en la sociedades anónimas. O simplemente no hacer la precisión de que los directores responden solamente por dolo o negligencia grave.

Dicho planteamiento se debe a una visión completa de la responsabilidad civil de los directores, actualmente los directores de una sociedad cualquiera sea la modalidad han logrado obtener mucho poder e influencia dentro de la sociedad que dirige, lo que implica que nuestra legislación debe elevar el nivel de responsabilidad de los directores para así resguardar los intereses de los socios, de la sociedad y de terceros.

Siendo ello así podríamos seguir analizando las propuestas y soluciones que proponen los principios del gobierno corporativo, ya que cualquier sistema de gobierno corporativo, señala Cándido Paz-Ares¹⁹², está compuesto por un conjunto heterogéneo de instrumento de salvaguardia y supervisión cuya finalidad es alinear los incentivos de los *insiders* (el equipo directivo y, en su

¹⁹² CÁNDIDO PAZ-ARES, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, en *Indret*, working paper N° 162, Barcelona, 2003,

caso, el grupo de control) y los intereses de los *outsiders* (los accionistas minoritarios) y uno de sus objetivos es implementar un sistema efectivo de responsabilidad de los administradores con una adecuada definición de sus deberes fiduciarios.

Mientras la regulación sea endeble, las soluciones de gobierno corporativo no tendrán incentivo para establecerse en nuestro sistema, mas aun en materia de responsabilidad civil que va más allá de la materia mercantil sino que también es seguridad jurídica.

Sin embargo, al regular la culpa en sentido amplio, sin hacer distinción alguna sobre la culpa leve o grave, no pretendemos aumentar la aversión al riesgo que tienen los directores ya que se entiende que su función es completamente discrecional, puede traer buenos resultado o no, es acá donde cobra un papel importante los jueces, toda vez que la responsabilidad de los directores no debe ser simplemente por los resultados del negocio sino revisar la actuación de los mismos si ha sido con diligencia y lealtad.

Como ya hemos señalado, en el common law, especialmente en el sistema norteamericano, establece los *business judgement rule* : no existe una *lex artis* consolidada que pueda servir de referencia para juzgar las decisiones empresariales; no existe y no sería bueno que existiese toda vez que lo que espera en este ámbito de decisión es la innovación y la asunción de riesgos, por ello, consideramos que cuando el sistema judicial tenga la oportunidad de manifestarse por actos ilícitos de los directores se podría incorporar el principio de *business judgement rule*.

No obstante, lo señalado precedentemente sobre la culpa leve, consideramos la presunción de la culpa leve del ámbito de responsabilidad contractual del código civil, no debe ser aplicable al régimen de responsabilidad civil de los directores, toda vez la responsabilidad civil de los directores se encuentra regulada por las leyes específicas del derecho societario, las normas del derecho civil son normas generales para un régimen de responsabilidad civil,

en el que no exista norma específica que lo regule, sin embargo son aplicables supletoriamente, por ello entendemos que el legislador societario incidió en regular sólo la culpa grave, tal como se venía regulando en legislaciones tales como Francia, Italia y sobre todo de su influencia más clara: España, se reguló de esa manera con la finalidad de no entorpecer en la decisiones de los administradores y por tanto esperar resultado económicamente más eficientes.

Sin embargo, en el Perú, al igual que otros países ello ha venido cambiando la idea de sólo regular la culpa grave, toda vez que estamos viviendo la evolución de los administradores, es decir estamos ante un empoderamiento de los administradores dentro de la sociedad anónima. Por tanto sí es necesario, eliminar la culpa grave y hacer referencia simplemente a la culpa en sentido lato.

2.3. VIABILIDAD DE APLICAR LA CULPA PROFESIONAL A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES

En el Encuentro de Abogados Civilistas de Santa fe de 1988¹⁹³ se sostuvo que el concepto de profesional, “en sentido amplio supone la concurrencia de algunas de estas notas distintivas de su desempeño: habitualidad, reglamentación, habilitación, presunción de onerosidad, autonomía técnica y, en su caso, sujeción a la colegiación, sumisión a normas éticas y sometimiento a potestades disciplinarias”

Profesional en el sentido antes indicado, se encuentran vinculado a las normas que regula cada país tal es el caso de Argentina que regula un órgano de fiscalización que es el sindico, y la dicha normativa requiere que el sindico sea contador público, abogado; sin embargo en base a esa exigencia legal, podemos hacer la aplicabilidad de un régimen especial de responsabilidad profesional, se entiende que no y ello así en razón de que el requisito opera en el momento que deba tener lugar la designación a fin de asegurar una

¹⁹³ Saux Edgardo, responsabilidad civil contractual y aquiliana, Universidad nacional del litoral, santa fe,,2005 p. 637

adecuada idoneidad profesional pero no otorga una calificación adicional a la relación misma.

La figura del síndico es una figura particular, es un sujeto a quien se le confía una función de tutela, preponderadamente económica, en beneficio de intereses ajenos. En el derecho societario es, además, un funcionario con atribuciones y deberes de “fiscalizador”; sin embargo, es oportuno recordar que en un fallo comentado por el doctor Eduardo E. Martorell¹⁹⁴, se llegó a sostener que la fiscalización a cargo de la sindicatura no debe limitarse a un mero examen formal de los estados contables y a comparación de lo registrado en libros u otros documentos, sino que comprende el examen e investigación de toda la documentación complementaria, como también de las omisiones, alteraciones o falsedades que pueden surgir del balance y del estado de resultados. Y esto último, no solo a la luz de su confrontación con la documentación comprobatoria, sino también de sus propias vivencias en materia de administración.

La denominada culpa común es aquella en que puede incurrir cualquier persona; el criterio con el cual se juzga a las personas que integran la sociedad civil; la culpa profesional es aquella en la que incurre una persona que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ella le impone; se trata pues, de una infracción típica concerniente a ciertos deberes propios de esa determinada actividad.¹⁹⁵

El punto de partida para un estudio sobre la responsabilidad civil del profesional es representado por la particular naturaleza de la actividad profesional; así se subrayan los compromisos prevalentemente intelectuales que esta requiere; la profesionalidad de quien la desarrolla, esto es, la particular preparación técnica

¹⁹⁴ Citado por BELMONTE, Hernán Yunger Luis G., “¿Tiene responsabilidad el síndico de la sociedad anónima por la gestión empresarial?”, en *Revista Doctrina Societaria Errepar*, Tomo XII, N° 155, Buenos Aires, Octubre, 2000, pp. 1- 4.

¹⁹⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad de los profesionales*, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 148.

en sectores específicos; y la amplia discrecionalidad reconocida al profesional en la elección de su obrar.

Por ello Mosset¹⁹⁶ señala como el primer presupuesto es la acción u obrar humano, conducta o comportamiento que, dados los restantes elementos, engendra la obligación de reparar. Lo denominamos también “autoría”, para aludir al hecho, pasivo o activo, por acción u omisión, del profesional, agente o victimario. Segundo presupuesto se encuentra la antijuridicidad, se desprende de la violación de la palabra empeñada, del acuerdo negocial y, por ende, de los deberes que el mismo ha creado. Los daños (...) son la consecuencia de un obrar que puede ser casual o imputable, lícito o ilícito; lo sufre el cliente del profesional en su cuerpo, en su pique o en los bienes que integran su patrimonio.

Se observa que el criterio de la diligencia manifiesta la utilidad de su aplicación para las prestaciones que tengan por contenido un *facere* [hacer] y por tanto aquellas prestaciones susceptibles de ser apreciadas desde el punto de vista cualitativo por la observancia de ciertas reglas técnicas»: esto vale para poner en evidencia que, en el ámbito de las obligaciones «de medios», el criterio de la diligencia «se torna como la calificación de una manera de obrar. Ello significa que en la ejecución de un deber se aplicarán aquellas reglas técnicas elaboradas para una determinada disciplina o arte». En términos generales, el profesional «tiene el deber de desarrollar la actividad profesional necesaria o útil en relación al caso concreto, y tiene el deber de desarrollarla con la adecuada y necesaria diligencia»: tal es «diligencia del profesional, de preparación profesional media y de cuidado medio en el ejercicio de su propia actividad»¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Ibídem, pp. 169- 171.

¹⁹⁷ ZANA, Mario, “La responsabilidad del profesional”, en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 62, Lima, 2009pp. 203- 226.

La diligencia del buen padre de familia se especifica en el profesional que ejerce su actividad con escrupulosa atención y adecuada preparación profesional.

Mosset¹⁹⁸ señala que el jurista platense Acuña Anzorena afirmaba que en la responsabilidad profesional nada hay en lo fundamental que difiera de los principios esenciales que gobiernan la responsabilidad general, si bien pueden darse a su respecto “algunas diferencias puramente matices”, insuficientes para descartar dicha premisa. En cuanto Chironi sus expresiones son claras y definitivas: “ni para la impericia, ni para los errores profesionales, se deben establecer teorías especiales (...) no son modos especiales de culpa, sino que entran en los conceptos generales fijados en materia de comportamiento ilícito”.

A nuestro parecer, la culpa profesional si bien existe como una institución jurídica desarrollada en doctrina, consideramos que dicha institución no puede ser aplicable ni para los profesionales mucho menos para los directores, ya que con el concepto de culpa puede enmarcar la culpa de los “profesionales”, no es necesario hacer mención a un tipo especial de culpa, sino que simplemente los niveles de diligencia aumentan o disminuyen según sea el cargo y la situación que enfrente el juez.

2.4. VIABILIDAD DE LIMITAR O EXCLUIR ESTATUTARIAMENTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES

Desde punto de vista del contrato de sociedad (se entiende al pacto social y a los estatutos), señala Marta Llaveró¹⁹⁹ que los aspectos jurídicos-societarios internos, goza de todos los elementos propios del contrato, a diferencia de la sociedad, aunque la institución societaria tiene unas particularidades ajenas al contrato, no por ello debe negarse las bases contractualistas de dicha institución, toda vez que, en definitiva, se da un acuerdo de voluntades que

¹⁹⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad de los profesionales*, cit., p. 151.

¹⁹⁹ LLAVERO, Marta, “Puede exonerarse de responsabilidad civil a los administradores de una sociedad I”, *Otrosí*– Nº 23 , Madrid, Febrero 2000, p.28

consiste en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, sometiéndose las partes a una ordenación que regula sus relaciones internas y su actividad social.

Pero dado que el fenómeno societario, por su naturaleza de su creación se encuentra destinado a producir efectos no sólo entre las partes contratantes sino también frente a terceros, junto con la existencia de elementos jurídicos atípicos.

Asimismo, y en palabra de Embid Irujo²⁰⁰, las exigencias de la gran empresa, a la que la sociedad anónima se orienta, reclaman un régimen normativo más rígido y complejo, donde se ofrezca una adecuada protección a los intereses del socio minoritario, del socio inverso y del tercer acreedor, y donde se utilice un sistema preventivo de los conflictos entre las mayorías y minorías y entre los accionistas y administradores.

A efectos de buscar un equilibrio entre dotar a la sociedad de un régimen legal que aporte seguridad jurídica, al mismo tiempo que también se les concede su ámbito de libertad, reproducimos literalmente, por su interés al caso, las manifestaciones vertidas por Garrido Palma²⁰¹, quien enfatiza la necesidad de “imbricar e incluso empastar la libertad contractual de la sociedad y su dimensión institucional, no debiendo ser pretexto esta última para levantar diques o muros como cortapisas, a falta de auténtica argumentación jurídica, fugas escapistas de los problemas concretos que la realidad social presenta y seguirá presentando constantemente, y, por otra, que se intente una elefantiasis de los mismos, plétora sin más razón de ser que el criterio personal del intérprete, con perturbación de la seguridad jurídica y de la profundización objetiva en el problema real planteado”.

Por tanto, al ser la sociedad una pieza clave de engranaje económico de una nación, cuya actividad tiene repercusiones en diversos colectivos heterónomos

²⁰⁰ Ibídem. p.30

²⁰¹ Loc. cit.

más allá de sus miembros, y en ese tercero anónimo que es el orden público económico, es por lo que se justifique la intervención y control legislativo y jurisprudencial; por tal control debe hacerse teniendo siempre presente que estamos ante un sujeto de Derecho privado, cuyos pilares son contractualitas, por lo que únicamente se sacrificará esa libertad contractual cuando así lo aconsejen los intereses reales de esos colectivos o protagonistas económicos, de esos terceros y de la economía nacional.

De lo expuesto se deduce que, en virtud de la autonomía privada se puede pactar cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad siempre en cuando no altere el orden público y las buenas costumbre. De la misma forma, opina Alfaro²⁰², criticando a Llebot, sobre la posibilidad de perjudicar a los acreedores en caso de un pacto entre accionistas y administradores.

Consideramos, y en este caso nos adherimos en parte a la posición de Llebot, sobre el perjuicio que se puede ocasionar al tercero – específicamente acreedor social- en caso se pacte la exoneración o limitación de responsabilidad, por más que la acción sea subsidiaria (artículo 181 de la LGS²⁰³), es un derecho otorgado por la ley – que refleja el derecho de acción, derecho amparado por la Constitución (numeral 20 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú)– el cual mediante pacto entre el administrador y la sociedad, estos se verían sin posibilidades de accionar. Ahora bien, nos parece importante hacer la precisión que no se trata de una invalidez de las cláusulas sino del aspecto funcional del pacto, por tanto ese pacto vendría en ineficaz.

Ante ello, concluimos que no se puede admitir un pacto de exoneración o limitación de responsabilidad, ya que la naturaleza misma de la responsabilidad

²⁰² ALFARO ÁGUILA- REAL, Jesús, “Recensión a Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), en La responsabilidad de los administradores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005”, en *InDret*, Barcelona, mayo, 2005.p. 2.

²⁰³ “(...) Los acreedores de la sociedad solo pueden dirigirse contra los directores cuando su pretensión tienda a reconstruir el patrimonio neto, no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, además se trate de actos que amenace gravemente la garantía de los créditos”

civil se entiende que son normas de orden público y sus normas no son dispositivas sino por el contrario son normas imperativas; la limitación de responsabilidad es una práctica que se está importando, sin tener en consideración los principios que fundan nuestro sistema, que no son los mismos que rigen para la *common law*, por ello no podemos trasladar acríticamente a nuestro sistema supuestos de otra naturaleza.

2.5. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA

Así como el supuesto de la culpa grave, consideramos un punto importante para una futura reforma en el régimen de responsabilidad civil para los directores y se encuentre al nivel del desarrollo de la sociedad anónima contemporánea, además los jueces cobren ese rol activo que deben de tener en dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es la caducidad de la acción que tienen tanto la sociedad, socio y los terceros, cuando un director actúe negligentemente o faltando a su deber de lealtad.

El artículo 184° de la Ley General de Sociedades, señala que la responsabilidad civil de los directores caduca a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o de la realización del acto que origino el daño; sin embargo si los socios, terceros o la misma sociedad, toman conocimiento del daño una vez que el director ha culminado su cargo -que puede ser 3 años a más si se renueva o según señale el estatuto- para ello ya pasaron más de dos años que se produjo el daño o se celebró el acuerdo, entonces simplemente no se puede acudir al ente jurisdiccional, logrando así encubrir la mala conducta de los directores es por ello que, la judicatura no podría aplicar para sancionar conductas evidentemente infractoras.

En ese sentido, planteamos modificar lo prescrito en materia de caducidad de la Responsabilidad Civil de los directores lo relacionado al computo del plazo ya que nuestra actual Ley General de Sociedades señala que empiece a contar el plazo desde la adopción de acuerdo o la realización del acto que origina el

daño, lo cual no resulta armónico con nuestra realidad, debería contarse el plazo desde que los directores dejan el cargo, es decir desde que culminan sus funciones en la empresa.

En diversos ordenamientos, se toma como punto de partida para el computo del plazo, desde cuando deviene en conocible el acto ilícito, o si hubiese sido ocultado, a partir de su descubrimiento. Consideramos que esa posición es mucho más razonable y justa ya que, estamos dando a los perjudicados la posibilidad de conocer el hecho y acudir al poder judicial.

2.6. EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES

El seguro de responsabilidad civil es una respuesta a la regulación actual de la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima en diversos países del mundo, la crisis de 1929 marca el punto de partida de manera muy precaria de dicha póliza de seguro, las primeras pólizas fueron redactadas en Inglaterra y estaban enfocadas a los expertos que se incorporaban a los consejos como consecuencia de la aprobación de nuevas leyes federales de valores. Estas normas tenían como objetivo fundamental conseguir transparencia en los mercados de valores, protegiendo a los propios inversores, las más importantes fueron la Securities Act y la Securities Exchange Act²⁰⁴

El seguro de responsabilidad civil de los directores de manera formal nace a finales de los años 80's en Estados Unidos- con el nombre de *Directors and Officers Liability Insurance* y por su abreviatura D&O-, por una crisis que atravesaba dicho seguro por el aumento de reclamos de casos de responsabilidad civil de los directores, es por ello que Estados Unidos decide intervenir en el régimen que hasta entonces está establecido y la cual ha tenido

²⁰⁴ ÁVILA VILLEGAS, Irene, "Seguro de Responsabilidad Civil de los Administradores (D&O)", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, Cáceres, 2006, p. 12.

mucho influencia en varios países de como Alemania, España, Argentina, entre otros que actualmente, han convenido adoptar.

Además dicho seguro, surge como una respuesta a la evolución del régimen de responsabilidad civil de los directores, evolución que se está viviendo en todos los países de la mano con el incremento del mercado de seguros; por ello se explica que en España esta modalidad en el mercado asegurador haya aparecido con posterioridad a la Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989.

En diversos países, se ha regulado la culpa leve y se ha activado diversos supuestos en donde incrementan la responsabilidad de los directores, por ejemplo, España ha regulado la inversión de la carga de la prueba, no se exonerará la responsabilidad por convalidación de la Junta General, entre otros.²⁰⁵

Ante esos supuestos, en España, se ha incrementado el número de demandas sobre responsabilidad, el profesor Estaban Velasco, recopiló las sentencias de responsabilidad de administradores desde la entrada en vigor de la Ley de 1951 hasta 1990, en ese tiempo sólo doce fueron las que llegaron al Tribunal Supremo, ocho de las cuales fueron absolutorias; y solamente el periodo de 1990 a 1995 se ha duplicado el número de resolución del Tribunal Supremo. Dicha situación no ha sido distinta en otros países en Alemania Wiedemann en el libro recogido por E. Vetter, señala que hace unos años el régimen de responsabilidad regulaba un derecho inexistente.

EL seguro de responsabilidad civil de los directores tiene como objeto asegurar las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad en que

²⁰⁵ En España, también, se ha regulado la llamada responsabilidad sanción derivada del art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, en virtud del cual se impone responsabilidad solidaria por todas las deudas sociales a los administradores que no hubieran promovido la disolución de la sociedad ante la concurrencia de las causas que a estos efectos prevea la ley, en España, diversos especialistas opinan que se está enmascarando una norma penal como un supuesto de responsabilidad civil.

eventualmente puedan incurrir los administradores y directivos de las sociedades en el desarrollo de su actividad profesional.²⁰⁶

Sin embargo, la contratación del seguro no constituye un supuesto de exoneración de la responsabilidad de los administradores sino únicamente una limitación de la misma pero en sentido económico (el administrador asegurado responde exactamente igual y por las mismas conductas que el no asegurado si bien aquél comparte en mayor o menor medida las consecuencias patrimoniales de su responsabilidad con otro sujeto, la compañía aseguradora).

Junto a ello, el carácter imperativo del régimen legal significa que no cabe su derogación por voluntad de las partes, es decir, no cabe su alteración en lo que respecta, al menos, a una liberación, limitación o reducción de la responsabilidad legalmente impuesta; ello no impide que el administrador declarado responsable pueda compartir las consecuencias económicas de su responsabilidad con otro sujeto salvo que éste sea el propio perjudicado pues, en este caso, quedaría sin cubrir la parte de dichas consecuencias trasladadas a éste incumplándose así la prescripción legal que impone la obligación de indemnización íntegra de los daños causados al perjudicado.²⁰⁷

Características que tiene este seguro de responsabilidad civil, se configura como un seguro voluntario, ya que no existe ninguna norma legal que impone obligatoriamente su contratación, sin perjuicio de que la misma pueda imponerse convencionalmente (así, mediante una disposición estatutaria o acuerdo de la junta general) o desde una perspectiva de *lege ferenda* que posteriormente pueda considerarse conveniente la introducción del deber legal de los administradores, al menos en ciertas sociedades, de concluir un seguro de responsabilidad civil.

²⁰⁶ Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro.

²⁰⁷ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, "El seguro de responsabilidad civil de los administradores", en *Indret- Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2005, p. 5.

A su vez, en tanto la fuente u origen de la responsabilidad asegurada en caso de seguro de responsabilidad civil de administradores viene constituida por el ejercicio de las funciones propias del órgano de administración de una sociedad anónima, debe considerarse como un seguro de responsabilidad civil derivada del desarrollo de una actividad que presenta perfiles específicos que impide su asimilación a otras actividades²⁰⁸

Desde la perspectiva del régimen de responsabilidad, no puede entenderse que la contratación del seguro por la sociedad implique ni una exoneración o limitación a la responsabilidad de los administradores (se trata únicamente de una limitación de las consecuencias económicas derivadas de la declaración de responsabilidad) ni tampoco una renuncia anticipada al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra éstos (en tanto la suscripción del seguro aumenta las posibilidades de que los daños sufridos como consecuencia de la actuación de los administradores sean indemnizados, la contratación del seguro no puede interpretarse como voluntad de no exigir responsabilidad a los administradores sino, al contrario, como deseo de reforzar las posibilidades de obtener resarcimiento en caso de responsabilidad social de los administradores)²⁰⁹.

El asegurador, como lo señala el artículo 12° de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, sólo puede ser hecho por empresas autorizadas, organizadas bajo la forma de sociedades anónimas con un capital mínimo, entre otros requisitos que exige la citada ley.

Tomador del seguro es la persona que contrató el seguro, para ello tiene que pagar una contraprestación denominada prima de seguro, para el siguiente caso el seguro de responsabilidad civil de los directores puede ser la sociedad o los mismos directores.

²⁰⁸ Ibídem p. 8.

²⁰⁹ Ibídem, p. 13.

El asegurado, es la persona física o jurídica, titular del interés asegurado ya que es dicho interés que se encuentra expuesto al riesgo, para el supuesto de responsabilidad civil de los directores, los titulares es la sociedad, los socios y los terceros a los cuales se los directores pueden ocasionar un daño.

El contrato de seguro de responsabilidad civil de los directores como efecto directo de un sistema de responsabilidad sólido, en España, la realidad se ha encargado de mostrar cómo la contratación de un seguro de este tipo no destruye los incentivos para el cuidado necesario toda que la compañía aseguradora, además de no cubrir conductas dolosas, únicamente responde dentro de los límites del contrato, fuera de los cuales la responsabilidad siempre es asumida por el administrador, quien además será destituido de su cargo una vez se promueva con él la correspondiente acción social de responsabilidad.²¹⁰

En nuestro país no existe este tipo contratación de seguro, es mas hasta hace unos meses ninguna aseguradora tenia dentro de su oferta, el seguro de responsabilidad civil de los directores (D&O), y ello se debe, a nuestro parecer, a una sola razón que nuestro sistema de responsabilidad no está de acuerdo a los requerimientos de la sociedad anónima moderna, es decir los directores ocasionan daños a la sociedad, socios o terceros pero para imputar y probar su responsabilidad tiene que pasar por una valla que es muy alta (negligencia grave) además la prescripción de la acción que se computa el plazo desde la fecha de realizado el acto dañoso, ocasionando mayor impunidad.

Finalmente, consideramos pertinente fortalecer el régimen de responsabilidad civil de los directores y permitir a la jurisprudencia que nos nutra con ese derecho vivo, no pretendemos agotar todas controversias generadas en torno de la responsabilidad civil de los directores, sino que, por el contrario, tratamos

²¹⁰ CAMPINGS VARGAS, Aurora, “Seguro de Responsabilidad Civil de los administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro.” en *Revista de derecho mercantil*, N° 249, 2003, p. 102, también vide: www.etiq.ipbeja.pt.

de esbozar una posible solución que desde nuestra perspectiva podría contribuir a mejorar el régimen legal que regula la actividad empresarial.

CONCLUSIONES

1. La Sociedad Anónima es la institución más importante dentro del ámbito mercantil y la que más ha evolucionado a través del tiempo, configurándose actualmente, como la mejor herramienta para el expansionismo y mejor posicionamiento del capitalismo en el mundo. Ahora bien, La sociedad anónima de nuestros tiempos no es la misma de hace años que es la que se reguló en la Ley General de Sociedades, por ello siempre tenemos que renovar y fortalecer nuestras instituciones.
2. Parte de ese crecimiento y de la evolución de las sociedades anónimas, es que se ha permitido que los directores de una sociedad anónima, obtengan más poder, y ello se debe a que el concepto de propiedad de ha desligado completamente de la sociedad anónimas, especialmente las sociedades anónimas abiertas, de la administración de la sociedad; además la especialización y la necesidad de generar más riqueza, ha generado la tecnificación de los administradores de empresas, abogados, ingenieros especializados, como parte de su vida profesional se encuentra dedicada a la administración de las sociedades, toda vez que el mundo globalizado necesita de personas competitivas, para administrar, gestionar o representar y obtener buenos resultados y se imponga ante el mercado.
3. Otro punto importante, es la proliferación de grupos empresariales o grupos de sociedades que van consolidando lazos y otorgando a los directores la dirección no solo de una de sus empresas sino de todo el grupo empresarial, pues la complejidad que reviste el administrar todo un grupo de sociedades necesita de administradores que se encarguen de la gestión en su conjunto, lo que se denomina en el *common law* como los *multiple directors*.

4. Por ello, planteamos que los directores deben de seguir determinados patrones de conducta, patrones que deben de ceñirse a la Ley, el estatuto y las costumbres comerciales. Sin embargo, en el ejercicio de los derechos establecidos por ley o por los estatutos para los administradores debe utilizar la diligencia requerida por la naturaleza del cargo: esto no significa, necesariamente, que los administradores deben ser expertos en contabilidad, o la seguridad financiera, o conocer todos los ámbitos de gestión y de administración de la empresa social. Significa que su decisión debe ser informada y reflexiva, basada en sus conocimientos y el resultado de un riesgo calculado, no debe existir improvisación, es decir no debe tener un comportamiento descuidado, y es el juez con un papel protagónico, el encargado de analizar caso por caso, los supuestos de culpa, aplicando diversos principios o reglas que resulten aplicables a nuestro sistema, como por ejemplo, el *business judgement rule*, que es la posibilidad que tiene el juez de no medir su sentencia en virtud del resultado sino la diligencia que ha tenido para avocar una decisión empresarial.
5. Sin embargo, al momento de analizar la jurisprudencia que nos deja nuestro poder judicial, sobre el tema, encontramos que ésta es prácticamente nula, por tanto, consideramos que existe un problema de fondo, y esta es la manera de regular la culpa en el artículo 177° de la LGS, se nos ha impuesto una valla muy alta, ya que se ha regulado que responde, entre otros supuestos, responde por negligencia grave, que es prácticamente equiparable al dolo, es decir ante daños *mínimos* el director no responderá, lo cual resulta grave porque en virtud del dinamismo empresarial, se está limitando de manera expresa y legal, la posibilidad de que un perjudicado ingrese al aparato judicial para salvaguardar sus intereses, toda vez que el dañado tendría que demostrar que ha actuado como mínimo con negligencia grave y como vemos de la realidad judicial hace muy difícil la probanza.
6. En ese sentido, proponemos que se regule la culpa en sentido amplio, generando así opción para que cualquier perjudicado por un acto del director se encuentre

amparado y pueda demostrarse dentro del proceso si realmente actuó con la debida diligencia. Además cabe señalar, que el grado de tecnicismo al que han llegado los directores hace más difícil entender o probar si han actuado con diligencia o no.

7. No obstante lo señalado, precedentemente consideramos que no es aplicable señalar un tipo de culpa en particular a los directores, esto es la culpa profesional, pues si bien existe como una institución jurídica desarrollada en doctrina, el concepto de culpa en sentido lato puede enmarcar la culpa de los “profesionales”, no siendo necesario hacer mención a un tipo especial de culpa, sino que simplemente los niveles de diligencia aumentan o disminuyen según sea el caso y la situación que enfrente el juez.
8. Del mismo modo, consideramos que no se debe admitir el pacto de exoneración o limitación de responsabilidad de los directores, celebrado entre los directores y la sociedad, ya que la naturaleza misma de la responsabilidad civil se entiende que son normas de orden público y sus normas no son dispositivas sino por el contrario son normas imperativas; la limitación de responsabilidad es una práctica que viene de la *common law* que se pretenden importar sin tener en consideración los principios que fundan nuestro sistema, además y la razón más importante es que en virtud del artículo 181° de la LGS, los acreedores sociales- que tienen el derecho de accionar (pretensión social) contra los directores de manera subsidiaria, de existir algún convenio no podría hacerlo, limitando así su derecho de accionar, por ello conforme a nuestro sistema en caso de existir aquel pacto debería ser declarado ineficaz.
9. Asimismo, planteamos modificar lo prescrito en materia de caducidad de la Responsabilidad Civil de los directores en la LGS, en lo relacionado a la forma que se encuentra para el computo del plazo, toda vez que la LGS señala que SE empiece a contar el plazo desde la adopción de

acuerdo o la realización del acto que origina el daño, lo cual no resulta armónico con nuestra realidad y mucho menos justo para los perjudicados, por ello debería contarse el plazo desde que los directores dejan el cargo, es decir desde que culminan sus funciones en la empresa, o desde que se dio por conocido el hecho dañoso; más aun si nuestro legislador ha convenido en señalar que es un plazo de caducidad y no de prescripción.

10. De acuerdo a lo que hemos venido señalando, consideramos que son urgentes esas las medidas propuestas, a fin de fortalecer el régimen de responsabilidad civil de los directores y permitir que sea la jurisprudencia que nos nutra con ese derecho vivo, que en relación al tema de responsabilidad civil de los directores estamos careciendo.
11. Concluimos también, luego de un análisis global a distintos ordenamientos y teniendo en consideración el avance del mercado de seguros, consideramos en relación al contrato de seguro de responsabilidad civil de los administradores, o más comúnmente conocido a nivel mundial como el D&O, que tal como se encuentra regulado en nuestro régimen de responsabilidad civil de los directores – por el momento– no existe una motivación para que el mercado del seguro de responsabilidad civil de los administradores surja en nuestro país.
12. Finalmente, consideramos que como actores del derecho debemos reflexionar y motivar el debate de las instituciones que rigen nuestro sistema jurídico, sin dejar de lado los principios fundamentales que los rigen, para así mantener un sistema jurídico coherente y seguro para la actividad empresarial.

PROPUESTAS

1. La modificación en la parte pertinente a la negligencia grave que regula el artículo 177° de la LGS, para así permitir a los perjudicados por el incumplimiento y mala gestión de los directores, puedan remitirse al aparato judicial y no se vean frustrados por la alta valla que tiene que alcanzar para demostrar la negligencia.
2. De la misma forma, se debe de modificar lo relacionado al computo del plazo, toda vez que la LGS señala que se empieza a contar el plazo desde la adopción de acuerdo o la realización del acto que origina el daño, debería contarse el plazo desde que los directores dejan el cargo, es decir desde que culminan sus funciones en la empresa, o desde que se dio por conocido el hecho dañoso.

BIBLIOGRAFIA

1. ALFARO ÁGUILA- REAL, Jesús, "Recensión a Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), en La responsabilidad de los administradores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005", en *InDret*, Barcelona, mayo, 2005.
2. ALFARO ÁGUILA- REAL, Jesús, "La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad 'extrema' de los administradores sociales", en *InDret*, Barcelona, enero, 2007.
3. ALPA, Guido, *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, Jurista editores, Lima, 2006
4. ASCARELLI, Tulio, *Derecho mercantil*, traducción de Felipe de J. Tena, Editorial de la cultura, México, 1940.
5. AVILA VILLEGAS, Irene, "Seguro de Responsabilidad Civil de los Administradores (D&O)", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, Cáceres, 2006.
6. BARRERA GRAF, Jorge, *La representación voluntaria en derecho privado- Representación de sociedades*, Instituto de Derecho Comparado, México, 1967.
7. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, *Comentarios a la ley general de sociedades*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
8. BELMONTE, Hernán Yunger Luis G., "¿Tiene responsabilidad el síndico de la sociedad anónima por la gestión empresarial?", en *Revista Doctrina Societaria Errepar*, Tomo XII, N° 155, Buenos Aires, Octubre, 2000.
9. BIANCA C., Massimo, "La negligencia en el derecho civil italiano", en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Ara editores, Lima, 2001.
10. BLANCH NOUGÜES, José María, "La responsabilidad de los administradores de las *Piae Causae*", en *Revue Internationale des Droit de l'antiquité*, N° 49, 2002, pp. 129-146, vide: www2.ulg.ac.be.
11. BOLLES, Albert S., "The duty and liability of bank directors", en *The Yale Law Journal*, vol. 12, N° 5, Marzo, 1903.
12. BOROS, Elizabeth, "The duties of nominee and multiple directors: Part 1", en *Company Lawyer*, Sweet & Maxwell, 10(11), 1989.

13. BOROS, Elizabeth, "The duties of nominee and multiple directors: Part 2", en *Company Lawyer*, Sweet & Maxwell, 10(11), 1990.
14. BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, 11ava ed., Tecnos, Madrid, 2002.
15. BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. II, 11ava ed., Tecnos, Madrid, 2002.
16. BROSETA PONT, Manuel, "Tendencias Actuales del Derecho Mercantil a fines del Siglo XX", en *Revista de Derecho Privado*, Año 3, N° 7, enero-abril, México, 1992.
17. BROSETA PONT, Manuel, "La responsabilidad de los administradores", en *estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, Tomo I, 1ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1989.
18. BROSETA PONT, Manuel/ MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, 13era. ed., Tecnos, Barcelona, 2002.
19. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra, Lima, 2003.
20. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "¿Cómo desvestir a un santo sin desvestir a otro?", en *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales*, Palestra, Lima, 2003.
21. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario- Parte General- Los órganos societarios*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1996.
22. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, Madrid, 2000.
23. CÁNDIDO PAZ-ARES, "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", en *Indret*, workingpaper N° 162, Barcelona, 2003.
24. COZAIN, Mauricie/ VIANDIER, Alain, *Droit des Sociétés*, Libraire de la Cour de Cassation, Paris, 1993.
25. CRUTCHFIELD, Philip, "Nominee directors: the law and commercial reality", en *Company Lawyer*, Sweet & Maxwell, 1991, 12(7).
26. CUEVA GARCÍA, David. "Indagaciones heréticas en torno a la prescripción extintiva", en *Ius et Veritas*, año, N° 21, Lima, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

27. DE JUGLART, Michael/ IPPOLITO, Benjamin, *cours de droit commercial (les sociétés commerciales)*, Vol. X, Montchrestien, Paris, 1992.
28. DE TRAZEGNIES, Fernando, *La responsabilidad extracontractual, biblioteca para leer el código civil*, Vol. IV, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2001.
29. DIDIER, Paul, *Thémis Droit Privé- Droit Commercial 2/L' enterprise en société*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993.
30. DIDIER, Paul/ DIDIER, Philippe, *Droit Commercial, Les sociétés commerciales*, tome II.
31. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. "En torno al concepto de prescripción". En *anuario de derecho civil: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, (octubre – diciembre), fascículo V, tomo XVI, Madrid, 1936.
32. DIMUNDO, Antonio, "Le Azioni di Responsabilità nei Confronti degli Amministratori", vide: www.csm.it, 31/07/2011.
33. DWIGHT, Frederick, "Liability of corporate directors", en *The Yale Law Journal*, Vol. 17, N° 1, noviembre, 1907.
34. ECHAIZ MORENO, Daniel, *Derecho societario un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
35. ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1999.
36. ENNECERUS. *Tratado de Derecho Civil*. T. I. Parte General III. Vol. 2.
37. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
38. FALCONICANEPA, Julio, *Responsabilidad en los grupos de sociedades y tutela de acreedores*, Grijley, Lima, 2005.
39. FARREL, Kathleen A./WHIDBEE, David A., "The consequences of forced CEO succession for outside directors", *The Journal of Business*, Vol. 73, N° 4, octubre, 2000.
40. FERRI, Guiseppe, *Le società, Trattato di Diritto Civile Italiano*, bajo la dirección de Filippo Vassalli, Vol. X, Tomo III, UnioneTipograficoEditriceTorinese (UTET), Turin, 1971.

41. FRANZONI, Massimo, "La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones", en *Estudio sobre la responsabilidad civil*, trad. Leysser L. León, Ara editores, Lima, 2001.
42. GAGO, Carlos Bernardo et al, *Sociedades por acciones estudio teórico-práctico*, tomo I, RubinzalCulzoni, Santa fe, 1980.
43. GALGANO, Francesco, *Derecho Comercial, Las Sociedades*, Vol. II, Temis, Bogotá, 1999.
44. GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Representación, Mandato y Poder", en *Revista de Derecho Privado, nueva época*, año I, N° 1, enero- abril, Instituto de Investigaciones jurídicas de UNAM, México, 2002.
45. GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Temis, 1987.
46. GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Temis, 1987.
47. GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo III, Temis, 1987.
48. GARRIGUES, Joaquín, *Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1998.
49. GOLDSCHMIDT, Roberto, "La responsabilidad civil de los órganos de administración en las sociedades por acciones", en *boletín de la facultad de derecho y C.S. de Córdoba*, Vol. IX, Córdoba, 1945.
50. GRANTHAM, Ross, "The content of the director's duty of loyalty", en *Journal of Business Law*, Sweet & Maxwell, marzo, 1993.
51. GRANTHAM, Ross/ RICKETT, Charles, "Directors' 'tortious' liability: contract, tort or company law?", *The Modern Law Review*, Vol. 62, N° 1, enero, 1999.
52. GUERRA CERRÓN, J. María Elena, *Levantamiento del velo y responsabilidad de las sociedades anónimas*, Grijley, Lima, 2009.
53. GUTIÉRREZ URTIAGA, María, "A contractual approach to the regulation of corporate directors' fiduciary duties", en *Journal of Corporate Ownership & Control*, Vol. I, Issue 3, 2004.
54. HANSMAN, Henry/KRAAKMAN, Reinier, "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", *The Yale Law Journal Company*, Vol. 100, N° 7, mayo, 1991.
55. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Jurisprudencia Societaria Comentada*, Universidad de Lima fondo editorial, Lima, 2009.

56. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Derecho Comercial– Temas societarios*, Tomo VII, Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima, 2007.
57. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “El Directorio de las Sociedades Anónimas”, en *Tratado de Derecho Mercantil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
58. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo/ GARCÍA LOCATELLI, Javier, “La Junta General de Accionistas”, *Tratado de Derecho Mercantil Ley General de Sociedades*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
59. KRAAKMAN, Reinier H., “Corporate liability strategies and the costs of controls”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 93, N° 5, abril, 1984.
60. KEAY, Andrew, “The duty of directors to exercise independent judgment”, en *Company Lawyer*, sweet & Maxwell, 2008, 29(10).
61. LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, “Los administradores de la sociedad anónima “Los ejecutivos”: verdaderos capitanes de las empresas”, en *Revista de Derecho Privado*, Sec. De doctrina, Año 10, N° 28, Mc Graw- Hill, 1999.
62. LLAVERO, Marta, “Puede exonerarse de responsabilidad civil a los administradores de una sociedad I”, *Otrosí*– N° 23, febrero, Madrid, 2000.
63. LLAVERO, Marta, “Puede exonerarse de responsabilidad civil a los administradores de una sociedad II”, *Otrosí*– N° 24, marzo, Madrid, 2001.
64. LLEBOT MAJO, José Oriol, *Los deberes de los Administradores de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1996.
65. LUMINI, Emanuele, “Responsabilita degli Amministratori di Societa: Il Dovere di Diligenza”, vide: www.goriravagli.it.
66. MANTILLA MOLINA, Roberto, “La responsabilidad de los administradores de la sociedades anónimas”, trabajo presentado al IV Congreso de Derecho Comparado, agosto, Paris, 1954.
67. MARCOS, Francisco, “Análisis Económico del Derecho de Sociedades, Recensión a Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, La estructura económica de las sociedades de capital”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid (2002)”, en *Indret*, WorkingPaper N° 167, Barcelona, 2003.
68. MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto, “Administración desleal del patrimonio de la persona jurídica: Breve análisis de la reciente modificación del

artículo 198° del Código Penal Peruano”, vide:
<http://www.derechopenalonline.com>

69. MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Los Directores de Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
70. MATEOS DE CABO, Ruth/ GIMENO, Ricardo/ ESCOT, Lorenzo, Disentangling discrimination on Spanish board of directors, *Corporate Governance: an international Review*, Vol. 19, N° 1, January 2011.
71. MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio, “Actuar en lugar de otro”, en *Código Penal Comentado*, Tomo I, Gaceta Jurídica, 1ed., Lima, 2004.
72. MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio, “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados”, en *Revista Derecho*, N° 52, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1999.
73. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil Y Comercial*. Traducción de Santiago SentisMelendo, tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954
74. MIEREZ, María Fernanda / SEEGER, Ricardo V., “La posibilidad de delinear la actuación del directorio para acotar los límites de su responsabilidad”, en *Sociedades comerciales, los administradores y los socios, responsabilidad en sociedades anónimas*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2004.
75. MONATERI, Pier Giuseppe, “Hipótesis sobre responsabilidad civil de nuestro tiempo”, en *Estudio sobre la responsabilidad civil*, trad. Leysser L. León, Ara editores, Lima, 2001.
76. MONATERI, Pier Giuseppe, *Trattato di Diritto Civile, Le fonti delle obbligazioni (La responsabilità civile)*, diretto da Rodolfo Sacco, UTET, Torino, 1998.
77. MOSSETITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad de los profesionales*, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2001.
78. NORMANDSPARKS, Enrique, “Presentación del Proyecto de Ley General de Sociedades”, en *El Peruano*, Lima, 23/04/1997.
79. O’DONNELL, Gastón A., “La culpa como factor de atribución de responsabilidad de directores de sociedades anónimas y la gobernanza corporativa”, *Uces Revista Jurídica*, N° 13, 2009.

80. PERNAZZA, Federico, "La responsabilité des organes des sociétés de capitaux: légistes et juristes à la quantification des préjudices", en *sciences juridiques de l'économie? Un défi pour les économistes et juristes européens!*, REDEF, marzo, Paris, 2001.
81. POLINSKY A., Mitchell, "Principal- Agent Liability", en *Working Paper* N° 258, mayo, 2003.
82. RICHARD EFRAÍN, Hugo, "Acción Individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios", en *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos*, Legis, Buenos Aires, 2009.
83. RICHARD EFRAÍN, Hugo/ MUIÑO, Orlando Manuel, *Derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 2000.
84. RINNA, Angelo, "La responsabilità sociale degli amministratori di S.P.A. per l'attività di gestione", Si è laureato in Economia e Commercio nel 2003- 04 Presso Università degli studi di Roma Tor Vergata, vide: www.tesionline.it
85. RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial-Sociedades*, Tomo II, traducción De Solá Cañizares, Felipe, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1954.
86. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, "La responsabilidad civil de los administradores de sociedades", en: www.rodriquezazuero.com
87. ROMANO, Roberta, *Foundation of Corporate Law*, Oxford University Press, USA, 1993.
88. RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, "El seguro de responsabilidad civil de los administradores", en *Indret- Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2005.
89. SAINT DAHL, Henry, *Diccionario Jurídico Inglés- Español*, Mc Graw-Hill, New York, 2004.
90. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, "Sobre el ejercicio de acción individual de responsabilidad de los administradores", en *Vniversitas Jurídica*, N° 100, diciembre, Bogotá, 2000.
91. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Los administradores en las sociedades de capital*, Aranzandi, Navarra, 2007.
92. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *La Junta General en las Sociedades de Capital*, Aranzandi, Navarra, 2007.

93. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios del Derecho Mercantil*, 11ava. ed., Aranzandi, Navarra, 2006.
94. SCOFFIELD, José J. / AZEVES, Angel H., Acción individual de responsabilidad contra los directores de las S.A. y derecho español, comunicaciones científicas y tecnológicas de las Universidad Nacional del Nordeste, Formosa, 2000.
95. STIRPE, Annalisa, “Rassegna di giurisprudenza su ‘La diligenza come criterio di responsabilità dell’ amministratore””, en *Libera LUISS*, 2004, vide : www.archivioceradi.luiss.it, 10/05/2010.
96. TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, 2ed., Grijley, Lima, 2003.
97. TORRES MORALES, Carlos, “La responsabilidad de los directores”, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa – Balance de la ley General de Sociedades a 3 años de su vigencia*, N° 52, Lima, 2000.
98. VICENTCHULIÁ, Francisco, “La Responsabilidad de los Administradores en el Concurso”, en *Derecho de Sociedades y Gobierno Corporativo*, Flor de María Córdova Beltrán (Coordinadora), Grijley, Lima, 2008.
99. VIDAL RAMÍREZ, Fernando “En torno a la prescripción extintiva”, en *Revista Oficial del Poder Judicial: Año 3*, N° 5, Lima, 2009.
100. VILELA CARBAJAL, Jorge Eduardo, “La responsabilidad del administrador en la sociedad anónima ¿responsabilidad personal o patrimonial?”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 136, enero, 2010.
101. VILLARRUBIA MARCOS, *Guía de estudio programa desarrollado de la materia de sociedades*, Editorial Estudio, 3era ed., Buenos Aires, 2007.
102. VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la Responsabilidad Civil 1*, Astrea, Buenos Aires, 1999.
103. VIVANTE, César, *Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Madrid, 2002.
104. VIVANTE, César, *Tratado de derecho mercantil*, Vol. II, Las sociedades mercantiles, Reus, Madrid, 1932.
105. WORTHINGTON, Sarah, “Reforming directors’ duties”, en *The Modern Law Review*, Vol. 64, N° 3, mayo, 2001.
106. ZANA, Mario, “La responsabilidad del profesional”, en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 62, Lima, 2009.

107. "Directors' Liability: A Discussion Paper on Legal Liability, Risk Management and the Role of Directors in No-Profit Organizations", Canada, 2002, vide: www.volunteerbureau.yk.ca.
108. CAMPINGS VARGAS, Aurora, "Seguro de Responsabilidad Civil de los administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro." en *Revista de derecho mercantil*, N° 249, 2003

ANEXOS

JURISPRUDENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA

CAS. Nº 4124-2006 ICA. Indemnización por daños y perjuicios. Lima, veinticinco de junio del dos mil siete.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa número cuatro mil ciento veinticuatro - dos mil seis, en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Compañía Embotelladora Ica Sociedad Anónima mediante escrito de fojas cuatrocientos cuarenticinco, contra el auto de vista emitido por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica de fojas cuatrocientos treintiséis, su fecha veinticinco de febrero del dos mil cinco, en el extremo que confirma la resolución apelada de fojas cuatrocientos trece, únicamente en la parte que declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, concretamente de la Sucesión de Jorge Panizo Mariátegui, deducida por Manuel Pablo Panizo Soler; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El recurso de casación fue declarado procedente mediante resolución del veintidós de enero del dos mil siete, por las causales previstas en los incisos primero y segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual el recurrente denuncia: **I) la interpretación errónea de los artículos ciento cincuenta y nueve de la Ley General de Sociedades y mil doscientos dieciocho del Código Civil,** pues se interpreta el artículo invocado como si fuera concordante con una de las excepciones contempladas en el artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, cuando estamos ante normas que regulan supuestos distintos, pues la primera solo correspondería a una controversia donde se discutiría si el fallecido Jorge Panizo Mariátegui ejerció personalmente su cargo como funcionario de la sociedad o si lo delegó a favor de terceros sin contar con autorización del estatuto, mientras que en el caso sub materia lo que es objeto de controversia es concretamente si aquél, durante el desempeño personal de dicho cargo, realizó una serie de actos en perjuicio de la sociedad, por los que ahora debe indemnizarle, conjuntamente con los otros codemandados, siendo que esta obligación de carácter patrimonial sí puede ser transmitida a favor de sus herederos, motivo por el cual han sido emplazados con la demanda. La Sala infiere que al ser el cargo de director de una sociedad de naturaleza personal, en base a una errada interpretación del artículo ciento cincuenta y nueve de la Ley General de Sociedades, concluye que la Sucesión de Jorge Panizo Mariátegui se encuentra dentro de las excepciones previstas en el artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, confundiendo así una obligación de carácter patrimonial, como es la que corresponde al funcionario que ha ocasionado daños y perjuicios a una sociedad, con las de carácter personal o *intuitu personae*. En síntesis, una correcta interpretación de los artículos denunciados conlleva a que se establezca que el carácter personal del ejercicio del cargo de director de una sociedad, no puede ser entendido como el supuesto de intransmisibilidad de obligaciones a los herederos, por ser -supuestamente- inherentes a la persona, por cuanto la pretensión contenida en su demanda está referida a la responsabilidad civil de un funcionario ya fallecido, por actos cometidos durante el desempeño de su cargo como tal en la sociedad, por lo que al tratarse de una obligación de carácter patrimonial, sí puede ser transmitida a los herederos de aquél; **II) la inaplicación de los artículos seiscientos sesenta, seiscientos sesenta y uno y ochocientos setenta y uno del Código Civil,** pues la demanda es una de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil extracontractual, por la suma de seis millones de dólares americanos, la misma que ha sido dirigida contra la sucesión de Jorge Panizo Mariátegui, así como contra José Miguel Panizo Soler y Emilio Soldi Panizo; esto quiere decir que la empresa recurrente está exigiendo el resarcimiento de una obligación de carácter patrimonial y no de una

obligación de carácter personal. De lo antes expresado queda claro que en las sentencias de mérito se ha omitido aplicar las normas denunciadas, que establecen que al heredero o sucesor no sólo se le transmiten bienes y derechos sino también obligaciones, deudas y cargas, tal como sucede en el presente caso, ya que se ha demandado una obligación de carácter patrimonial, por lo que deben comparecer los herederos para responder por la obligación dejada por su causante; **y, CONSIDERANDO: Primero.-** Que, de autos aparece que Compañía Embotelladora Ica Sociedad Anónima interpuso demanda de indemnización contra Jorge Alejandro Panizo Mariátegui (ex Presidente de Directorio y ex Gerente General), José Miguel Panizo Soler (ex Director Gerente) y Emilio Soldi Panizo (ex Director) para efectos de que cumplan con pagar una suma no menor a seis millones de dólares americanos por los daños y perjuicios ocasionados a la citada empresa durante su gestión. La actora precisó en su demanda que la pretensión dirigida contra Jorge Alejandro Panizo Mariátegui debía entenderse contra su sucesión, al haber fallecido el emplazado con fecha veinticinco de noviembre del dos mil; **Segundo.-** Que, es en este contexto que Manuel Pablo Panizo Soler, miembro de la Sucesión de Jorge Alejandro Panizo Mariátegui, se apersonó al proceso deduciendo las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandado (propia de la Sucesión), falta de legitimidad para obrar de la demandante y de caducidad, refiriendo respecto a la primera de ellas que al ser el desempeño del cargo de director de carácter personalísimo, en atención a lo normado en el artículo 159º de la Ley General de Sociedades, entonces las responsabilidades en que hubiera incurrido el causante no son transmisibles a los herederos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1218º del Código Civil; **Tercero.-** Que, este razonamiento fue acogido por las instancias de mérito, para quienes la excepción así propuesta es fundada, pues -al igual que el excepcionante- entienden que las funciones desempeñadas por un alto funcionario de una sociedad anónima son enteramente personales y que, por ello, no puede pretender responsabilizarse a los herederos con los actos realizados por su causante; **Cuarto.-** Que, existe interpretación errónea de una norma de derecho material cuando concurren los siguientes supuestos: **1)** el Juez establece determinados hechos, a través de una valoración conjunta y razonada de las pruebas aportadas al proceso; **2)** que estos hechos, así establecidos, guardan relación de identidad con los supuestos fácticos de una norma jurídica determinada; **3)** que elegida esta norma como pertinente (sólo ella o en concurrencia con otras) para resolver el caso concreto, la interpreta (y aplica); **4)** que en la actividad hermenéutica, el Juzgador, utilizando los métodos de interpretación, yerra al establecer el alcance y sentido de aquella norma, es decir, incurre en error al establecer la verdadera voluntad objetiva de la norma, con lo cual resuelve el conflicto de intereses de manera contraria a los valores y fines del derecho y, particularmente, vulnerando el valor superior del ordenamiento jurídico, como es el de la justicia; **Quinto.-** Que, el artículo 1218º del Código Civil, regula la transmisión de las obligaciones por causa de muerte, señalando expresamente que la obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona o, en otras palabras, cuando es personalísima o *intuito personae*, es decir, cuando el obligado fue elegido en mérito a sus virtudes y cualidades personales, de forma tal que a su fallecimiento los herederos no estarían en aptitud de cumplir con la prestación a la que éste se encontraba obligado, sea legal o convencionalmente; **Sexto.-** Que, en autos se demanda el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por Jorge Alejandro Panizo Mariátegui en el ejercicio de sus funciones como Presidente de Directorio y Gerente General de la Compañía Embotelladora Ica Sociedad Anónima, en virtud a lo normado en los artículos ciento setenta y siete y ciento noventa de la Ley 26887, por lo que cabe determinar en el proceso si dicha pretensión indemnizatoria, de carácter patrimonial, puede o no ser imputada a la sucesión del citado causante; **Sétimo.-** Que, para ello, es pertinente señalar que el carácter personal del ejercicio del cargo no puede confundirse con la obligación que asumen los funcionarios de una sociedad, por mandato de la ley, de reparar los daños

que hubieran ocasionado como consecuencia de dicho ejercicio. El desempeño personal del cargo a que se refiere el artículo 159º de la Ley 26887 únicamente determina que el mismo no podrá ser ejercido por persona distinta de la designada, salvo que el estatuto autorice la representación; pero en autos no se demanda a la Sucesión de Jorge Alejandro Panizo Mariátegui para que desempeñe el cargo encomendado a su causante o asuma sus funciones, sino para que repare *económicamente* los daños presuntamente ocasionados por su causante, daños cuya comisión deberá determinarse al momento de resolver el fondo de la cuestión controvertida; **Octavo.-** Que, por ello no puede afirmarse que la reparación o resarcimiento económico de un daño causado sea personalísimo y que, por tal circunstancia, se trate de una obligación que no puede ser transmitida por herencia a los integrantes de la Sucesión de Jorge Alejandro Panizo Mariátegui, toda vez que ésta es capaz de responder económicamente por las obligaciones que pudieran ser imputables a su causante por imperio de la ley, en caso que la misma se llegara a acreditar en autos, pues la reparación del daño no constituye una obligación que exclusivamente debiera ser satisfecha por el citado causante; **Noveno.-** Que, fluye entonces que en el caso concreto las instancias de mérito han interpretado erróneamente del artículo 159º de la Ley 26887 (pues la ley sólo determina que es personal el ejercicio del cargo y no el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados producto de tal ejercicio), y al aplicarlo en concordancia con el artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, han arribado a una conclusión que difiere de la voluntad objetiva de la norma, ya que la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por un director a la sociedad no es una obligación *intuitu personae*, sino que la misma puede ser cumplida a plenitud por los herederos del citado director (causante); razón por la cual la denuncia contenida en el punto **I)** del recurso de casación debe ser amparada; **Décimo.-** Que, de otro lado, la inaplicación de una norma material se configura cuando concurren los siguientes supuestos: **1)** el Juez, por medio de una valoración conjunta y razonada de las pruebas, establece como probado ciertos hechos; **2)** que estos hechos guardan relación de identidad con determinados supuestos fácticos de una norma jurídica material; **3)** que no obstante esta relación de identidad (pertinencia de la norma) el Juez no aplica esta norma sino otra, resolviendo el conflicto de intereses de manera contraria a los valores y fines del derecho y, particularmente, lesionando el valor de justicia; **Décimo Primero.-** Que, la empresa recurrente denuncia la inaplicación del artículo 660º del Código Civil, según el cual desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. Asimismo, denuncia la inaplicación del artículo seiscientos sesenta y uno del mismo texto normativo, según el cual el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Finalmente, denuncia la inaplicación del ochocientos setenta y uno del Código acotado, que señala que mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria; **Décimo Segundo.-** Que, como puede advertirse, la aplicación de todos los supuestos normativos contenidos en los artículos transcritos, al caso concreto, se sujeta necesariamente a la determinación previa de la existencia de una obligación de reparar un daño; en otras palabras, debe determinarse previamente si Jorge Alejandro Panizo Mariátegui era responsable de los daños y perjuicios que se alega fueron ocasionados a la persona jurídica demandante, pues sólo en el caso que tales imputaciones fueran ciertas estaríamos en posición de afirmar que la Sucesión del citado emplazado es la llamada a cumplir la obligación de reparar económicamente el daño con cargo a la masa hereditaria, supuestos que por el momento no pueden ser establecidos en autos, toda vez que ello corresponde dilucidarse al expedir la sentencia definitiva que resuelva la controversia planteada; razón por la cual la causal material denunciada en el punto **II)** no resulta atendible; **Décimo Tercero.-** Que, conforme a lo normado en el inciso primero del artículo

trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil, si la sentencia declara fundado el recurso por la causal prevista en el inciso primero del artículo trescientos ochenta y seis del mismo cuerpo normativo, la Sala Casatoria deberá resolver según corresponda a la naturaleza del conflicto de intereses, sin devolver el proceso a la instancia inferior. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la legitimidad para obrar es una de las condiciones del ejercicio válido de la acción y que en la doctrina ha sido conceptuada de distintos modos: **a)** como la relación lógica de correspondencia que existe o debe existir entre el demandante concretamente considerado y la persona a quien en abstracto la norma jurídica confiere el derecho (legitimidad activa), o entre el demandado concretamente considerado y la persona que en abstracto debe cumplir una obligación (legitimidad pasiva); **b)** también como la posición habilitante para formular una pretensión o para contradecirla, y que surge de la afirmación de ser titular de un derecho (legitimidad activa) o de la imputación de una obligación o deber jurídico (legitimidad pasiva). En consecuencia, cuando el Juez examina si el demandado tiene o no legitimidad para obrar, debe verificar si existe esa relación formal de correspondencia; o, en la otra acepción, si es la persona habilitada para contradecir la pretensión. Por tanto, en general, al resolver una excepción de falta de legitimidad para obrar no debe juzgar la justicia de la pretensión ni el fondo de la litis, ni mucho menos si el demandado es la persona obligada en la relación sustantiva controvertida en el proceso, ya que estos aspectos de la pretensión deben ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, mediante el respectivo juicio de fundabilidad y luego de haberse desarrollado la actividad probatoria sobre los hechos controvertidos en el principal; **Décimo Cuarto.-** Que, en autos se encuentra acreditado el fallecimiento de Jorge Alejandro Panizo Mariátegui con anterioridad a la fecha de la interposición de la presente demanda, por tanto, la pretensión ha sido correctamente dirigida a sus herederos legales integrantes de la sucesión, por ser ésta la llamada a asumir las obligaciones que pudiera haber dejado su causante, conforme a lo dispuesto en el artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, incluso las derivadas de la indemnización por responsabilidad civil, por no ser *intuito personae*. Por tanto, al excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, propiamente de la Sucesión de Jorge Alejandro Panizo Mariátegui, formulada por el señor Manuel Pablo Panizo Soler, resulta infundada; **Décimo Quinto.-** Que, por lo demás, no habiendo sido apelado el extremo de la resolución de primera instancia que declaró infundada la excepción de caducidad, se tiene que la decisión adoptada respecto de ese punto ha quedado firme. Del mismo modo, no siendo materia de cuestionamiento alguno en sede casatoria el extremo de la resolución de vista en el que se declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, la decisión adoptada en tal sentido queda inmodificable; por cuyas razones, **Declararon: FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Compañía Embotelladora Ica Sociedad Anónima mediante escrito de fojas cuatrocientos cuarenticinco; **CASARON** la resolución impugnada, en consecuencia **NULO** el auto de vista de fojas cuatrocientos treintiséis, su fecha veinticinco de febrero del dos mil cinco, en el extremo impugnado que confirmando la resolución de primera instancia, declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, concretamente de la Sucesión de Jorge Panizo Mariátegui; **y actuando en sede de instancia, REVOCARON** la resolución apelada de fojas cuatrocientos trece, en la parte antes indicada, **y REFORMÁNDOLA, declararon INFUNDADA** la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado deducida por Manuel Pablo Panizo Soler, debiendo proseguir el trámite de la causa con la Sucesión de Jorge Alejandro Panizo Mariátegui; **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Compañía Embotelladora Ica Sociedad Anónima contra Jorge Alejandro Panizo Mariátegui y Otros sobre indemnización de daños y perjuicios; interviniendo como Vocal Ponente el Doctor Ticona Postigo; y los devolvieron.- SS. TICONA POSTIGO, SOLIS ESPINOZA, PALOMINO GARCIA, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA

CAS. 206-2002 LIMA. Indemnización. Lima, dos de junio del dos mil tres.- LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, vista la causa número doscientos seis- dos mil dos, con el acompañado, en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia; MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación de fojas cuatrocientos treintitrés interpuesto por el procurador ad hoc del ministerio de transportes, comunicaciones, vivienda y construcción contra la resolución de vista de fojas trescientos sesentisiete, emitida por la tercera sala civil de la corte superior de justicia de lima el veintiocho de junio del dos mil uno, que confirmando en un extremo y revocando en otro la apelada de fojas trescientos ocho, del veintitrés de noviembre del dos mil, declara fundada la excepción de prescripción extintiva formulada por los demandados Carlos Más Ortiz y Dante Matellini Burga; e improcedente la excepción de caducidad deducida por los demandados Bumeo, Arrisueño Conway, Braceado y Rengifo, ordenando que el juez de la causa prosiga con la causa con arreglo a su estado; FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Por resolución de éste supremo tribunal de fecha diecinueve de junio del dos mil dos se ha declarado la procedencia del recurso por la causal del inciso primero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, al haber denunciado la aplicación indebida de una norma de derecho material, con el argumento de que si bien los artículos ciento setentecinco y ciento ochentiséis del decreto supremo cero cero tres- ochenticinco- JUS, establecen que la responsabilidad civil de los directores y gerentes prescribe a los dos años de la comisión del acto, no se tuvo en cuenta que la institución de la prescripción se haya regulada en el Código Civil, además de considerar que los directores y gerentes respecto a su relación contractual para el desempeño de sus funciones es la de un mandato; **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, en los autos el procurador del ministerio de transportes, comunicaciones, vivienda y construcción ha interpuesto demanda de indemnización por daños y perjuicios contra Don Alejandro Más Ortiz, en mérito a que habiéndose efectuado acciones de control a Corpac S.A., se ha emitido el informe cero cincuentidós- noventisiete- CGLEDA- cero tres, en el que se concluye que en el año noventitrés por la adquisición, reparación y mantenimiento de un helicóptero se efectuó un gasto de patrullaje aéreo de ciento setentidós mil seiscientos dieciocho dólares americanos con cuarentiocho centavos de dólar, pero que dicho servicio no se ha efectivizado por responsabilidad del demandado, quien fue gerente general adjunto y ex gerente general, por el periodo de agosto noventitrés a junio noventaicinco, habiéndose evaluado el helicóptero como en buenas condiciones técnico operativas, suscribiéndose su acta de recepción un día antes de haber llegado a puerto peruano y por suscribir un convenio el dos de junio de mil novecientos noventitrés, obligando a Corpac para la operatividad del mismo afrontar gastos de desaduanaje que además, el directorio de Corpac el veintisiete de enero de mil novecientos noventitrés aprobó una propuesta de americana airlines de entregar como pago a cuenta de sus facturas el helicóptero, infringiéndose en la compra, normas administrativas (Conade) pues se debió haber convocado concurso público, máxime si fue bajo el concepto de acción en pago, no ajustándose a las normas, y si a la fecha del acuerdo de directorio aludido americana airlines no tenía facturas pendientes de pago; habiéndose integrado como litisconsortes necesarios a los señores Alfredo Arriosueño, Angel Bracesco, Raul Bumeo, David Conway y Dante Matellini, como integrantes del directorio y David Rengueo como ex gerente general de Corpac; **Segundo.-** Que, habiéndose formulado la excepción de prescripción extintiva por los demandados Carlos Mas Ortiz y Dante Matellini Burga, la misma ha sido amparada por el juez y confirmado por la sala superior, habiendo considerado ésta última para su acogimiento que los hechos materia de demanda ocurrieron en el año noventitrés, y que la demanda se interpuso en el año noventaiocho, habiendo transcurrido el plazo de prescripción a que se refieren los artículos ciento setentecinco y ciento ochentiséis del decreto supremo cero cero

tres- ochenticinco- JUS, aplicables supletoriamente, en mérito a la primera disposición complementaria de la ley veinticuatro mil novecientos cuarentiocho, los mismos que prevén que la responsabilidad de los gerentes y los directores prescriben a los dos años de la comisión del acto; **Tercero.-** Que, el procurador del ministerio de comunicaciones ha formulado recurso de casación denunciando la aplicación indebida de los artículos ciento setenticinco y ciento ochentiséis del decreto supremo cero cero tres- ochenticinco- JUS, para lo cual se sustenta en que la ley veintiséis mil novecientos cuarentiocho es una ley que impone una serie de restricciones respecto al manejo del presupuesto, así como que en su artículo cincuenta dispone que las acciones de control están a cargo de la contraloría general de la república y la comisión bicameral del congreso, de modo que el objeto es fiscalizar los dineros del estado, mientras que el decreto supremo cero tres ochenticinco- JUS regula lo que respecta a la responsabilidad de los directores y gerentes en el ámbito privado señalado en los artículos ciento setentidós y ciento ochentiuno, e indica que la decisión para interponer las acciones judiciales está condicionada a lo señalado por el artículo ciento setentitrés del citado decreto, según el cual la responsabilidad de los directores se promueve en virtud del acuerdo de junta general, condición a la que no se puede limitar las acciones civiles por daños y perjuicios en agravio del estado; **Cuarto.-** Que, la ley de la actividad empresarial del estado, ley veinticuatro mil novecientos cuarentiocho, establece en su primera disposición complementaria que los conjuntos empresariales y empresas del estado de derecho público, de derecho privado y de economía mixta se rigen por lo dispuesto en esta ley y, supletoriamente por la ley general de sociedades. **Quinto.-** Que, por su parte la Ley de Sociedades vigente en la época que se suscitaron los hechos, es decir, el Decreto Supremo cero cero tres- ochenticinco- JUS, disponía en sus artículos ciento setenticinco y ciento ochentiséis, que la responsabilidad civil de los directores y de los gerentes prescribe a los dos años de la comisión del acto, exigiéndose como requisito por el artículo ciento setentitrés el acuerdo de junta general; **Sexto.-** Que, éste requisito tiene sentido en tanto que la junta general es el órgano máximo y como tal puede súper vigilada a sus órganos de administración, como son los miembros del directorio y los gerentes, y destituirlos ante eventuales irregularidades y decidir sobre asuntos de la sociedad en el ámbito privado; situación que, no se presenta en el caso de Corpac S.A., como empresa del estado que es, en el que se encuentra involucrado dineros del estado, y en el cual las acciones de control corresponden a la contraloría de conformidad con el artículo cincuenta de la ley veinticuatro mil novecientos cuarentiocho, así como de la ley veintiséis mil ciento sesentidós; **Sétimo.-** Que, en tal sentido, debe advertirse que dado el caso en que en éste proceso se demanda responsabilidad del ex Gerente General Carlos Alejandro Más Ortiz y en el que se ha integrado a los miembros del directorio del periodo en que se suscitaron los hechos, resulta evidente que siendo ellos los responsables del manejo de la empresa estatal y no advirtiéndose que se hubiera convocado a junta general para investigar y establecer los hechos y responsabilidades por ser quienes tenían conocimiento directo de ellos, debe concluirse que no es posible computarse el período en que tales funcionarios se desempeñaron en los cargos de manejo de la empresa, tiempo éste que no puede ser computado en su favor y que por tanto debe ser determinado en las instancias de mérito, las que deben precisar las fechas en que los emplazados cesaron en sus cargos para el inicio del cómputo de prescripción o en cualquier caso aquel a partir del cual la contraloría podía fiscalizar los manejos de la empresa con conocimiento de todas las circunstancias propias de la adquisición, pues sólo así se encontraría posibilitada de efectuar el control de las acciones tomadas por la administración de Corpac; **Octavo.-** Que, sin embargo, dichos aspectos no pueden ser resueltos por ésta suprema corte, deviniendo en necesario que se proceda al reenvío de la causa a fin de que el juez de la misma cumpla con precisarlos, y establezca las fechas desde las cuales corre el término prescriptorio noveno.- por tales consideraciones, de conformidad con el artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil, y con lo

expuesto en el dictamen fiscal supremo, declararon: FUNDADO el recurso de casación de fojas cuatrocientos treintitrés; en consecuencia, NULA la resolución de vista de fojas trescientos sesentisiete su fecha veintiocho de junio del dos mil uno; INSUBSISTENTE la apelada de fojas trescientos ocho, ordenando que el juez de la causa expida nueva resolución con arreglo a ley; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en El Diario Oficial “El Peruano”; en los seguidos por el procurador ad hoc del ministerio de transportes, comunicaciones vivienda y construcción contra Carlos Alejandro Más Ortiz y otros, sobre indemnización; y los devolvieron.-